Die gemeindlichen Konzessionsabgaben

---

vorgelegt von
Klaus H. Petersen
aus Krefeld-Uerdingen

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0025

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

DIE GEMEINDLICHEN KONZESSIONSABGABEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
K l a u s H . P e t e r s e n
aus Krefeld-Uerdingen
1966

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. Pagenkopf

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

Dekan: Prof. Dr. Brox

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Febr. 1966

DIE GEMEINDLICHEN KONZESSIONSABGABEN

INHALTSÜBERSICHT

Seite

Einleitung

EINFÜHRUNG, ABGRENZUNG DES THEMAS UND PROBLEMSTELLUNG 1

Erster Hauptteil

DER KONZESSIONSABGABENBEGRIFF

A. Begriff und Wesen der Konzessionsabgaben (KA) gemäß dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauch 3

I. Der Begriff "Konzession" 4
II. Der Begriff "Abgabe" 8

B. Begriff und Wesen der KA im versorgungs- und verkehrsrechtlichen Sinn 11

I. Die KA als Gegenleistung für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume 12

II. Die KA als Gegenleistung für die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts 15

III. Die KA als Gegenleistung für den Verzicht auf eigene Versorgungstätigkeit 17

Zweiter Hauptteil

DIE KA ALS RECHTLICHES PROBLEM

A. Rechtsgründe für die Erhebung von KA 18

I. Die Erlaubnis zur Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume als Rechtsgrund für die Erhebung von KA 19

1. Begriff und Entstehung des öffentlichen Weges 26

Seite

2. Die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen 22
   a) nach der Theorie vom öffentlichen Eigentum 23
   b) nach dem Hamburgischen Wegegesetz 23
   c) nach der privatrechtlichen Theorie 24
   d) nach der dualistischen Auffassung 25

3. Die Eigentumsbindung der öffentlichen Verkehrsräume und privaten Grundstücke - Art. 14 Abs. II GG - 26

4. Die Duldungspflicht des Grundstückseigentümers nach § 905 Satz 2 BGB 29

5. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen 33
   a) Der Begriff des Gemeingebrauchs 33
   b) Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs 34
      aa) Der Verkehrszweck 34
      bb) Der Anbauzweck 37
      cc) Der Wirtschaftszweck 37

6. Die "sonstige Nutzung" an öffentlichen Wegen 39
   a) Begriff der "sonstigen Nutzung" 39
   b) Inhalt und Umfang der "sonstigen Nutzung" 40

7. Die Sondernutzung an öffentlichen Wegen 41
   a) Begriff der Sondernutzung 42
   b) Inhalt und Umfang der Sondernutzung 42

8. Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe 43
   a) im Hinblick auf den Gemeingebrauch
      a') Die Benutzung durch die Versorgungsunternehmen 43
      b') Die Benutzung durch die Verkehrsbetriebe 46
   b) im Hinblick auf die "sonstige Nutzung" 50
      a') Die Benutzung durch die Versorgungsunternehmen 50
      b') Die Benutzung durch die Verkehrsbetriebe 52

Seite

c) im Hinblick auf die Sondernutzung 53

a') Die Benutzung durch die Versorgungsunternehmen 53

b') Die Benutzung durch die Verkehrsbetriebe 54

d) Ergebnis 54

II. Die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts als Rechtsgrund für die Erhebung von KA 55

B. Die rechtliche Beurteilung des Konzessionsverhältnisses 57

I. Die Begründung des Sondernutzungsrechts im Rahmen des Konzessionsverhältnisses unter Beteiligung des Wegeeigentümers, des Wegebaulastträgers und der Wegeordnungsbehörde 57

1. Funktion der Beteiligten 58

a) Der Wegeeigentümer 58

b) Der Wegebaulastträger 58

c) Die Wegeordnungsbehörde 59

2. Die öffentlichrechtliche Theorie 59

3. Die privatrechtliche Theorie 60

II. Die Gestaltung des Konzessionsverhältnisses 62

1. Elemente des Verwaltungsaktes 62

a) Der VA der Wegeordnungsbehörde 63

b) Der VA des Wegebaulastträgers 63

2. Vertragliche Elemente 64

a) Möglicher Vertragsinhalt der wesentlichen und typischen Klauseln 65

b) Der Vertragspartner 66

3. Ergebnis 69

III. Der Rechtstypus des Konzessionsvertrages 69

1. Die Wegebenutzungsklausel 70

a) Leihvertrag 70

b) Mietvertrag 71

c) Dinglicher Vertrag 71

Seite

2. Die Betriebsklausel 72
3. Die Ausschließlichkeitsklausel 72
4. Die Kontrahierungsklausel 72
5. Die Abgabeklausel 73
6. Die Übernahme- und Heimfallklausel 73
7. Ergebnis 75

IV. Rechtsnatur des Konzessionsvertrags 75

V. Der Rechtscharakter der Konzessionsabgaben 82

Dritter Hauptteil

DIE KA ALS PREISRECHTLICHES PROBLEM

A. Die Rechtsentwicklung bis zum Erlaß der KAE 84

B. Die materielle Regelung des KA-Rechts durch die KAE, A/KAE und D/KAE 86

I. Ermächtigungsgrundlage und Rechtsgültigkeit der KAE, A/KAE und D/KAE 86

II. Eingriffe in das KA-Recht 89

1. Begrenzung der KA durch Abgabenstop und Verbot der Neueinführung 90
2. Begrenzung der KA durch Zahlungsverbot an Gemeindeverbände, Zweckverbände und Gemeinden unter 3.000 Einwohnern 90
3. Begrenzung der KA durch Gleichstellung "sonstiger Leistungen" mit der KA sowie Abgrenzung "ähnlicher Leistungen" von der KA 91
   a) "sonstige Leistungen" 91
   b) "ähnliche Leistungen" 92
4. Begrenzung der KA durch Vereinheitlichung der KA hinsichtlich der Bemessungsgrundlagen und Bemessungsformen 93
   a) Vereinheitlichung der Bemessungsgrundlage 93
   b) Vereinheitlichung der Bemessungsformen 93
5. Begrenzung der KA durch Vorschriften einer Mindestverzinsung des Eigenkapitals 95

C. Änderungen des KA-Rechts seit Erlaß der KAE 97

Seite

Vierter Hauptteil

DIE STEUERLICHE BEHANDLUNG DER KA

A. Die KA und die Körperschaftsteuer 98

I. Die Entwicklung der Körperschaftsteuerpflicht bei den öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben und die Rechtsgrundlage für die körperschaftsteuerliche Behandlung 98

II. Die KA als Betriebsausgabe oder verdeckte Gewinnausschüttung 102

1. Die Anerkennung der KA als Betriebsausgabe in der Rechtsprechung des RFH 104

2. Die Anerkennung der KA als Betriebsausgabe in der Rechtsprechung des BFH 105

III. Die jetzige Regelung 107

1. Der Abzug der KA bei Versorgungsbetrieben 108

a) Höchstsätze 108

b) Mindestgewinn 109

c) Verbilligte Sachleistungen 111

2. Der Abzug der KA bei Verkehrsbetrieben 112

B. Die KA und die Gewerbesteuer 113

C. Die KA und die Umsatzsteuer 114

D. Die Steuerprivilegien der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe der öffentlichen Hand 116

I. Die Vermögensteuerpflicht der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe der öffentlichen Hand 116

II. Die Umsatzsteuerpflicht der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe der öffentlichen Hand 117

III. Kritik an den Steuerprivilegien 117

Seite

Fünfter Hauptteil

DIE KA ALS MARKTWIRTSCHAFTLICHES PROBLEM 120

A. Die freie und soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftssystem und ihre Grundlagen 121

I. Freier Wettbewerb 121
II. Privates Eigentum 121
III. Selbstbestimmungsrecht des Unternehmers 122

B. Beschränkungen der Grundlagen der freien und sozialen Marktwirtschaft

I. bezüglich des freien Wettbewerbs 122
II. bezüglich des Selbstbestimmungsrechts des Unternehmers 122
III. durch Staatsaufsicht 123

C. Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der freien und sozialen Marktwirtschaft und die Wahrung der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs.2 GG

I. Die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung 125
II. Die Wahrung der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs.2 GG 128

Sechster Hauptteil

DIE KA ALS KOMMUNALPOLITISCHES PROBLEM

A. Die KA als feste Einnahmen der Gemeinde 129

B. In der Diskussion befindliche Vorschläge für eine Neuregelung der KA 131

I. Völlige Beseitigung der KA 131
II. Freie Vereinbarung der KA nach Aufhebung der KAE 133
III. Schrittweiser Abbau der KA 134

ZUSAMMENFASSUNG 137

LITERATURVERZEICHNIS

BÜCHER UND KOMMENTARE

ANSCHÜTZ, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reichs Berlin 1930
APELT, Willibaldt	Der verwaltungsrechtliche Vertrag Aalen 1964
APFELSTEDT/BALLERSTEDT	Konzessionsabgaben in der Energie- und Wasserversorgung Kommentar Stuttgart und Berlin 1944
BOCHALLI, Alfred	Besonderes Verwaltungsrecht 2. neub. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1963
BÖKE, Ernst	Die fiskalische Belastung der Energieträger München 1963
BÜHLER, Ottmar	Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts Festgabe für Fritz Fleiner 1927
CEBULLA, Karl Werner	Sind Konzessionsabgaben in der Versorgungswirtschaft heute noch sinnvoll? Hausarbeit für die Prüfung als Wirtschaftsprüfer Hamm 1964
DARGE/MELCHINGER/RUMPF	Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935 Loseblattsammlung Berlin 1936
DEPENBROCK, Johannes	Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft München und Berlin 1961
DEUBIG, Ernst	Das Recht der Konzessionsabgaben Frankfurt 1960
DIDDEN, Rolf	Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen München 1952 (zit.: Konzessionsabgaben)
EISELE, Fridolin	Über das Rechtsverhältnis der res publica in publico usu nach romischem Recht Basel 1873
EISER/RIEDERER	Energiewirtschaftsrecht Komm. München 1954 und 1957
ENNECCERUS/KIPP/WOLFF	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Band III bearb. von Wolff Berlin 1932

EUCKEN, Walter	Grundsätze der Wirtschaftspolitik Rowohlts deutsche Enzyklopädie Band 81
FISCHERHOF, Hans	Rechtsfragen der Energiewirtschaft (zit.: Rechtsfragen) Frankfurt a.M. 1956
FLEINER, Fritz	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts 8. Aufl. Tübingen 1928
FORSTHOFF, Ernst	Die Daseinsvorsorge in heutiger Sicht in: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung Stuttgart 1959
Derselbe	Die Verwaltung als Leistungsträger Stuttgart-Berlin 1938
Derselbe	Lehrbuch des Verwaltungsrechts (zit.: Verwaltungsrecht) 7. Aufl. München-Berlin 1958 8. Aufl. München-Berlin 1961
FRIEDRICH, A.	Staat und Energiewirtschaft Berlin 1936
FRITSCH/GOLZ	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen Köln, Berlin, Bonn, München 1962
GERMERSHAUSEN/SEYDEL	Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen (zit.: Wegerecht) 4. Aufl. Berlin 1932, Neudruck 1953
GIESEKE, Paul	Leitungen auf fremden Grundstücken Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zum 80. Geburtstag. Berlin 1958
HENKE/MÜLLER/RUMPF	Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland (zit.: Elektrizitätswirtschaft) Berlin 1930
HUBER, Ernst	Wirtschaftsverwaltungsrecht Band I 2. Aufl. Tübingen 1953
HÜBSCHMANN/HEPP/SPITTALER	Kommentar zur Reichsabgabenordnung Köln 1954
JELLINEK, Walter	Verwaltungsrecht 3. Aufl. Offenburg 1948
KODAL, Kurt	Straßenrecht 2. Aufl. München - Berlin 1964
KÖHLER, Ludwig v.	Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts 2. unveränderter Neudruck Stuttgart 1936

KORMANN, Karl	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte Berlin 1910
KÖTTGEN, Arnold	Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative Göttingen 1961 (zit.: Gemeindliche Daseinsvorsorge)
LANDMANN/RÖMER	Kommentar zur Gewerbeordnung 8. Aufl. München-Berlin 1932
LARENZ, Karl	Schuldrecht 3. Aufl. München-Berlin 1958
LASSAR, Gerhard	Grundbegriffe des preußischen Wegerechts Berlin 1919
LIST, Friedrich	Energierecht Berlin 1938
MALZER, G.	Das Wegerecht für Energieleitungen Beiträge zum Energierecht VIK Essen 1959
von MANGOLDT/KLEIN	Das Bonner Grundgesetz Band I Berlin-Frankfurt 1957
MARSCHALL, Ernst A.	Bundesfernstraßengesetz Köln-Berlin-Bonn-München 1963
MAUNZ, Theodor	Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts München-Berlin-Leipzig 1928
MAYER, F.F.	Grundsätze des Verwaltungsrechts Tübingen 1862
MAYER, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht Band II 3. Aufl. München-Leipzig 1924
MELCHINGEN, Eugen	Notwendige Reform des Konzessionsabgabenrechts Frankfurt 1952
NIPPERDEY, Carl Hans	Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag Jena 1920
PAGENKOPF, Hans	Einführung in die Kommunalwissenschaft Münster 1960 2. Auflage
Derselbe	Gegenwartsprobleme der Gemeindefinanzwirtschaft Schriftenreihe des Instituts "Finanzen und Steuern" Heft 67 Bonn 1963
PETERS, Hans	Lehrbuch der Verwaltung Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949

PETERS/SALZWEDEL	Die Kostenverteilung zwischen Straßenbaulastträgern und öffentlichen Verkehrsunternehmen Berlin 1960 (zit.: Kostenverteilung)
PFUNDTNER/NEUBERT	Das neue deutsche Reichsrecht Loseblattausg. Berlin 1944
PREISER, Erich	Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung Göttingen 1960
RAMFORTH, Martin	Landesstraßengesetz Nordrhein-Westfalen Köln 1962
REINHARDT/SCHEUNER	Verfassungsschutz Tübingen 1954
RIEDERER/SIEDER	Bayerisches Wassergesetz München 1957
RIEWALD, Alfred	Kommentar zur Reichsabgabenordnung Berlin-Köln 1956
RUZEK, Josef	Rechtsgrundlagen der Konzessionsabgaben Köln 1952
SCHALLENBERG, Hermann	Die Widmung Stuttgart 1955
SIEDER/ZEITLER	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz Kommentar München 1960
STAUDINGER, J. v.	Kommentar zum BGB 11. Aufl. Berlin 1955
TREIBERT, Heinrich	Die Landkreise als Empfänger von Konzessionsabgaben in der jetzigen Lage Kassel 1957
VEREINIGUNG INDUSTRIELLE KRAFTWIRTSCHAFT	Zur Neuordnung des Konzessionsabgabenrechts Essen 1963
VOGEL, Hans Jochen	Die kommunalen Unternehmen in der Marktwirtschaft Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft Heft 31 Köln-Marienburg 1962
VOGEL, Klaus	Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand Hamburg 1959 (zit.: Wirtschaftseinheiten)
WESTERFELDHAUS/GLADE	Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem 2. Aufl. Düsseldorf 1961

WOHLHAUPT/RENTROP/ BERTELSMANN — Die gesamten Preisbildungsvorschriften Loseblattausg. München 1944

WOLFF, Hans J. — Organschaft und juristische Person Band I Berlin 1933

Derselbe — Verwaltungsrecht I 5. Aufl. München-Berlin 1963

ZEISS, Friedrich — Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe 2. Aufl. Stuttgart 1962

Derselbe — Die Vermögensteuer der öffentlichen Unternehmen und Anstalten Stuttgart 1963

ZIMNIOK, Klaus — Bayerisches Straßen- und Wegegesetz München 1958

DISSERTATIONEN

BAUMGARDT, Alfons — Begriff des wesentlichen Bestandteils im öffentlichen Recht, dargestellt am Beispiel der Brücke Diss. jur. Münster 1958

BRAUN, Alfred — Der Einfluß des Konzessionsabgabenrechts auf die Bilanzpolitik von Versorgungsunternehmen Diss. München 1957 (zit.: Konzessionsabgabenrecht)

CARLEIN, Walter — Die Besteuerung der Gemeindebetriebe Diss. Erlangen 1952

DE WELDIGE-CREMER, Wessel — Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege nach der neuen Wegegesetzgebung, insbesondere dem Entwurf eines Straßengestzes des Landes Nordrhein-Westfalen Diss. Münster 1960

DICKMANN, Herbert — Die Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrages Diss. Köln 1950

PETERSEN, Kurt — Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts Diss. Hamburg 1935 (zit.: Grundprinzipien)

SCHLUTIUS, Wolfgang — Echte Konzession und öffentliches Unternehmen Diss. Jena 1934

SIEDENTOPF, Heinrich — Grenzen und Bindung der Kommunalwirtschaft
Diss. Münster 1963

TERRAHE, Jürgen — Die Beleihung als Rechtsinstitut
Diss. Münster 1961

AUFSÄTZE, ARTIKEL UND VORTRÄGE

BACHOF, Otto — Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts
AöR Band 83 S. 208

BALLERSTEDT, Kurt — Die Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsbetriebe in der preisrechtlichen Neuordnung
Deutsche Verwaltung 1949 S. 6

Derselbe — Grundprobleme des Rechts der KA
BB 1958 S. 125 ff.

Derselbe — Die Zukunft der Konzessionsabgaben
Vortrag, gehalten am 28. 6. 1962 anläßlich des 25. energierechtlichen Kolloquium des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn

BAUER, Marianne — Die Tragweite des § 905 BGB für die Verlegung von Versorgungsleitungen
in: "Einzelfragen des Energierechts"
Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn
Heft 5 S. 25 ff.
(zit.: VEnergR)

BERTRAM, Alfred — Die Natur des Erwerbsrechts der öffentlichen Körperschaften gegenüber den beliehenen Unternehmen
VerwArch Band 38 S. 283 ff.

BISCHOFF, Friedrich — Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung
AöR Band 81 S. 54 ff.

BLAUM, Kurt — Abgabenstop der Versorgungsunternehmen
RVerwBl. 1941 S. 292 ff.

BÖHM, A. — Kostenlast bei Haltestellenbuchten an öffentlichen Straßen
DVerwBl. 1959 S. 615

BREITFELD — Zur Neuregelung der Konzessionsabgaben der Versorgungsunternehmen
EltWi 1941 S.204-207, 220-224 und 243-246

BÜHLER, Ottmar — Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht
VerwArch Band 27 S. 296 ff.

BURGBACHER, F. — Stellungnahme zur steuerlichen Gleichheit
ET 1964 S. 144 ff.

CROME, Carl	Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Krieg AcP Band 115 S. 1 ff.
DANZEBRINK	Die KA der öffentlichen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe im Körperschaftsteuerrecht BB 1954 S. 864 ff.
DÜRIG, Günter	Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff JZ 1954 S. 4 ff.
ENGERT, Jochen	Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen nach neuem Wegerecht NJW 1964 S. 1300 ff.
FICKERT, H. C.	"Sondernutzung" und "sonstige Benutzung" im Straßengesetz NW Mitteilungen des nwStädtebundes 1964 S. 213 ff.
FISCHERHOF, Hans	"Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden DÖV 1960 S. 41 ff. (zit.: Daseinsvorsorge)
Derselbe	Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung DÖV 1957 S. 305 ff.
FRIESENHAHN, Edmund	Grundgesetz und Energiewirtschaft Probleme des Energierechts 1. Vortragsveranstaltung des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn am 29./30.10.1956 S. 12 ff. = EltW 1957 S. 14 ff.
GANSCHEZIAN/FINK	Straßeneigentum und Gemeingebrauch NJW 1957 S. 285 ff.
GIERE, Gustav	Die Konzessionsabgaben im Rahmen der kommunalen Finanzwirtschaft Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen Band 4 Heft 4 S. 351 ff.
HAMM, Walter	Schlüsse aus dem EWG-Strompreis-Vergleich FAZ Nr. 88 vom 18.4.1963
Derselbe	KA-Stop FAZ Nr. 132 vom 10.6.1963
HAMMES, Klaus	Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen DVerwBl. 1950 S. 71 und 102 ff.
HUBER, Ernst	Beliehene Verbände DVerwBl. 1952 S. 456 ff.
JANSCHOWICH, A.	Das Problem der Konzessionsabgaben bei den österreichischen Versorgungsunternehmen Gas-Wasser-Wärme 1949 S. 1 ff.

KAUFMANN, Erich	Verwaltung, Verwaltungsrecht Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts Band III S. 688 ff. 2. Aufl. Tübingen 1914 (zit.: WbStaVR)
KODAL, Kurt	Der gesteigerte Gemeingebrauch in den neuen Straßengesetzen DÖV 1960 S. 81 und 440 ff.
KRÜGER, Herbert	Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik DÖV 1956 S. 550 ff.
Derselbe	Grundfragen einer staatlichen Wassergesetzgebung Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft 1957 Heft 3 S. 76
LABS, Walter	Kommunale Verkehrsbetriebe in: Peters, Hans Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis Band III S. 702 ff. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
MALZER, G.	Die Benutzung der öffentlichen Wege zur Leitungsverlegung durch Versorgungsunternehmen und industrielle Anlagen in kartellrechtlicher Sicht VIK-Bericht Nr. 127 S. 45 ff.
MEHLEM	Verträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und kreisangehörigen Gemeinden DVerwBl. 1958 S. 199
NEDDEN, Gerhard	Der Handel auf öffentlichen Straßen NJW 1956 S. 1195
MAUNZ, Theodor	Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts VerwArch 1959 S. 315 ff.
MÜNCH, Paul	Aktuelle Probleme des Konzessionsabgabenrechts Archiv für öffentliche und freigemeinwirtschaftliche Unternehmen Band 4 Heft 4 S. 338
Derselbe	Konzessionsabgaben im Steuerrecht Der Städtetag, Sonderdruck aus Heft 3/1960 Zur Neugestaltung des Konzessionsabgabenrechts Anlage 2 zum VKU-Nachrichtendienst Folge 110 vom 18. Februar 1958
PAGENKOPF, Hans	Freiheit und Bindung des Eigentums NJW 1952 S. 1195 ff.
PERSCHKE, Günter	Die Benutzung öffentlicher Wege unter besonderer Berücksichtigung der Frage des Gemeingebrauchs ZeitschrfKomWi 1933 Sp. 145

REUSS, H.	Die Konzession, Rechtsnatur und Rechtsfragen Staat und Selbstverwaltung 1926 S. 325 ff.
v. ROSEN/v. HOEWEL	Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndienste in: Peters Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis Band III S. 465 Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959
RUZEK, Josef	Ist die Bezeichnung "öffentliche Versorgung" im Energiewirtschaftsgesetz klar und zweckmäßig oder sollte sie geändert werden? EltWi 1957 S. 23 ff.
SCHACK, Friedrich	Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Wegerecht VerwArch 1963 S. 43 ff. (zit.: Wegerecht)
SCHELCHER, H.	Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und das private Recht FischZ Band 31 S. 1
SCHEUNER, Ulrich	Zur Neuordnung des Wegerechts RVerwBl. 1937 S. 729
Derselbe	Der Gemeingebrauch an Straßen in Ztschr AkDR 1937 S. 484 f.
SCHMIDT	Die Grundbegriffe des Wegerechts FiZtschrft Band 47 S. 1
SCHNEIDER, H.	Gemeingebrauch ohne Anliegernutzung? WRP 1959 S. 213
SCHUMACHER	Die Bedeutung der Art. 85, 86 EWG-Vertrag für die Deutsche Energiewirtschaft VEnergR Heft 7/8
SCHWINGE, Erich	Das Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag Gruch Band 70 S. 151
SCUPIN, Hans Ulrich	Das Polizeirecht in der Bundesrepublik Deutschland in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis herausgegeben von Hans Peters Band II S. 606 ff. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
SIEBERT, Wolfgang	Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung Festschrift für Hans Niedermeyer Göttingen 1953 S. 215 ff.
SOMMER	Sind Konzessionsabgaben der Straßenverkehrsunternehmen noch preisgebunden? DVerwBl. 1951 S. 227 ff.

SPANNER, Hans	Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen e.V. Schriftenreihe der Arbeitsgruppe "Straßenverwaltung", Heft 2
STAMMLER, Rudolf	Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen Gruch Band 70 S. 129
STERN, Klaus	Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrags AöR Band 84 S. 137 ff., S. 273 ff.
Derselbe	Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags AöR Band 84 S. 137 ff., S. 273 ff. (zit.: Problematik)
STIER/SOMLO	Konzessionen in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Band III S. 715 Berlin-Leipzig 1928
THEISIG	Die Straßenbenutzungsverträge FischZ Band 37 S. 1 ff.
THOMA, Richard	Die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer AöR Band 38 S. 307 ff.
TREIBERT, Heinrich	Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht Sonderdruck aus "Der Landkreis" August 1963
Derselbe	Konzessionsabgabe und Wegerecht Sonderdruck aus "Der Landkreis" Heft 4/1963
TROLL, M.	Verkehrs- und Versorgungsunternehmen bei der Vermögensteuer BB 1962 Beilage 6 zu Heft 24
ULMANN	Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmen und Wegeunterhaltungspflichtigen Gruch Band 56 S. 250
WEBER, Werner	Staats- und verfassungsrechtliches Gutachten Göttingen 1955
WIEACKER, Hans	Die Wegebenutzung- und Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung Sonderdruck aus den Mitteilungen der Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft Nr. 1 vom 15. März 1957

WOLFF, Hans J.	Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht AöR Band 76 S. 205 ff.
ZEISS, Friedrich	Wirtschaftliche Auswirkung der Besteuerung der Konzessionsabgaben bei Versorgungsbetrieben Vortrag, gehalten vor dem Energiewirtschaftlichen Institut der Universität Köln SS 1950
ZIPPELIUS, Reinhold	Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz DÖV 1958 S. 838
ohne Verfasser	Die Strompreise in den Ländern der EWG Reihe Wirtschaft und Finanzen 1/1961
ohne Verfasser (W.St.)	Künstlich verteuerte Energie FAZ Nr. 1 vom 2.1.1964
ohne Verfasser (W.St.)	Vor allgemeiner Stromverteuerung? FAZ Nr. 17 vom 21.1.1964

VERZEICHNIS DER ABKÜRZUNGEN

AcP	Archiv für civile Praxis zitiert nach Jahr und Seite
A.G.	Aktiengesellschaft
AG	Arbeitsgemeinschaft
A/KAE	Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgaben-anordnung vom 27.2.1943 (MittBl.I/A vom 12.4.1943 S.228
AO	Reichsabgabenordnung v.1919 i.d.F. vom 22.Mai 1931 (RGBl. I S. 161)
AöR	Archiv für öffentliches Recht zitiert nach Band und Seite
bawüVGH	Baden-Württembergischer Verwaltungsgerichtshof zitiert nach Band und Seite
bay	bayerisch
bayStrWeG	Bayerisches Straßen- und Wegegesetz vom 11.7.1958 (GVBl. S. 147)
BB	Der Betriebsberater zitiert nach Jahr und Seite
berlStrG	Berliner Straßengesetz v. 11.7.1957 (GVBl. S 743)
BGBl. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BG	Bundesgesetz
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen zitiert nach Band und Seite
breStrO	Straßenordnung für die Stadt Bremen vom 10. Mai 1960 (SaBl. S. 735)
BStBl. I	Bundessteuerblatt Teil I
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zitiert nach Band und Seite
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	Dissertation
D/KAE	Durchführungsbestimmung zur Konzessionsab-gabenanordnung (Energie) v. 27.2.1943 MittBl. I/A v. 12.4.1943 S. 228
DV	Durchführungsverordnung
EBVO	Eigenbetriebsverordnung
EltWi	Elektrizitätswirtschaft zitiert nach Jahr und Seite
EntnwStrG	Entwurf eines Straßengesetzes des Landes NW, Landtag von NW-3.Wahlperiode Band V Drucksache Nr. 724 vom 20.4.1958
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz v.13.12.1935 (RGBl.I S. 1451)

Erl.	Erlaß
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen zitiert nach Jahr und Seite
FischZ	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht zitiert nach Band und Seite
FlurbG	Flurbereinigungsgesetz vom 14.Juli 1953 (AaBl. S.765)
FStrG	Bundesfernstraßengesetz vom 6.8.1953 BGBl. I S. 903)
GemHVO NW	Verordnung über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden (GV NW 1954 S. 89)
Gruch	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts zitiert nach Band und Seite
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 (BGBl. I 1957 S. 1081
heStrG	Hessisches Straßengesetz vom 9. Oktober 1962 (SaBl. 1616)
hmbWeG	Hamburgisches Wegegesetz vom 4. April 1961 (SaBl. 799)
HWbRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Hg. von Fritz Stier Somlo und Alexander Elster Berlin und Leipzig 1926 - 1929
i.d.F.	in der Fassung
Institut FSt	Institut Finanzen und Steuern
KA	Konzessionsabgabe - Konzessionsabgaben
KAE	Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4.3.1941 - Konzessionsabgabenanordnung - u. BG vom 24. XII.1956 (BGBl. I 1076)
KAG	Kommunalabgabengesetz vom 14.7.1893 (GS S. 152)
KörpStG	Körperschaftsteuergesetz i.d.F. vom 21. Dezember 1954 (BGBl. I S. 467)
KomHdb	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, hg. von Hans Peters, II. Band, Kommunale Verwaltung, Berlin 1957, III. Band Kommunale Finanzen und Kommunale Wirtschaft, Berlin 1959
KWh	Kilowattstunde
LA	Lastenausgleich

MittBl.	Mitteilungsblatt d. Reichskommissars f.d. Preisbildung zit. nach Teil, Jahr und Seite
ndsStrG	Niedersächsisches Straßengesetz vom 14. Dezember 1962 (SaBl. 1963, 185)
nwStrG	Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28. November 1961 (SaBl. 2373)
PbefG	Gesetz über die Beförderung von Personen zu Lande vom 6.12.1937 (RGBl. I S. 1320)
prALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten (Ausgabe von Rehbein und Reincke, 5. Aufl. Berlin 1894) zitiert nach §, Teil und Titel
prOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RAnz	Reichsanzeiger
RdErl.	Runderlaß
RdF	Reichsfinanzminister
RfPr	Reichskommissar für die Preisbildung
RGBl.	Reichsgesetzblatt zitiert nach Jahr und Seite
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen zitiert nach Band und Seite
rhpfStrG	Landesstraßengesetz für Rheinland-Pfalz vom 15. Februar 1963 (SaBl. 366)
RStBl.	Reichssteuerblatt
RWM	Reichswirtschaftsminister
schlhStrG	Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein vom 22. Juni 1962 (SaBl. 985)
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte zitiert nach Band und Seite
StuW	Steuer und Wirtschaft zitiert nach Jahr und Seite
UStG	Umsatzsteuergesetz i.d.F. vom 1.9.1951 (BGBl. I S. 1791) mit Änderungen durch das 1. bis 15. Gesetz zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes
VEnergR	Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn
VerwArch	Verwaltungsarchiv zitiert nach Band und Seite

VIK	Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft, Essen
WbStaVR	Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Begründet von Stengel, 2. Aufl., hg. von Fleischmann, Tübingen, 3 Bände 1911 - 1914
WiGBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt des Wirtschaftsrates
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis zitiert nach Jahr und Seite
Ztschrft AkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZtschrftKomWi	Zeitschrift für Kommunalwirtschaft zitiert nach Jahr und Seite

Einleitung

EINFÜHRUNG, ABGRENZUNG DES THEMAS UND PROBLEMSTELLUNG

Die Energie- und Wasserversorgungsunternehmen sowie die Verkehrsbetriebe zahlen an die Gemeinden und Gemeindeverbände, in deren Gebiet sie ihre Tätigkeit ausüben, ein Entgelt, das als Konzessionsabgabe (KA) bezeichnet wird.

Die Zahlung dieser KA wird damit begründet, daß die Gemeinden und Gemeindeverbände den Betrieben der Energie- und Wasserversorgung - im folgenden Versorgungsbetriebe genannt - und den Verkehrsbetrieben die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume erlauben und ihnen gleichzeitig unter Verzicht auf eigene Versorgungstätigkeit das ausschließliche Versorgungsrecht in dem Versorgungsgebiet zusichern.

Divergierende wirtschaftliche Interessen geben heute der Frage nach der Berechtigung der KA eine besondere Bedeutung. Allen Beteiligten erscheint das seit 1941 geltende KA-Recht reformbedürftig. Insbesondere müßte das KA-Recht in seiner rechtlichen Gestaltung der jetzigen Wirtschaftsform der freien Marktwirtschaft angepaßt werden.

Eine Neugestaltung des KA-Rechts ist jedoch mit Schwierigkeiten verbunden, vor allem auch deswegen, weil sie nicht ohne volkswirtschaftliche Nebenwirkungen sein würde. Außerdem ergeben sich Probleme aus der rechtlichen Natur der öffentlichen Energieversorgung, da das Energierecht öffentlich-rechtliche und privat-rechtliche Bestandteile enthält.

Im Bereich der KA schließen die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe mit dem Staat, den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, Personal- und Kapitalgesellschaften und Privatpersonen Verträge ab. Die Abhandlung beschränkt sich auf die Vereinbarungen mit kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften, da einmal die Verträge mit dem Staat, den Gesellschaften und Privatpersonen nur einen geringen Teil aller Verträge ausmachen, zum anderen es sich bei den mit den Gesellschaften und Privatpersonen vereinbarten Entgelten nicht um KA handelt. Außerdem

sind die auftretenden Probleme bei den Verträgen mit den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften besser erkennbar als bei den übrigen Verträgen.

In sechs Hauptteilen wird das KA-Problem untersucht.
Im ersten Hauptteil bildet die begriffliche Bestimmung der KA den Ausgangspunkt der Erörterung.

Im Anschluß daran folgt im zweiten Hauptteil die Untersuchung der KA in rechtlicher Hinsicht. Hier liegt der Schwerpunkt bei der Frage nach der rechtlichen Grundlage für die Erhebung der KA. Insbesondere wird die wegerechtliche Problematik und die Frage nach der Rechtsnatur des Konzessionsverhältnisses sowie der KA geprüft.

Der dritte Hauptteil bringt eine Untersuchung über das materielle KA-Recht. Zunächst wird ein allgemeiner Überblick über die Rechtsentwicklung des KA-Rechts bis zum Erlaß der "Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände" (KAE vom 4.3.1941) gegeben. Danach werden die KAE, die Ausführungsanordnung (A/KAE) und die Durchführungsbestimmungen zur Konzessionsabgabenordnung (D/KAE) auf ihre Ermächtigungsgrundlage und Rechtsgültigkeit geprüft und die mit den Eingriffen in das KA-Recht verfolgten Zwecke untersucht. Am Ende des dritten Hauptteils werden die Änderungen des KA-Rechts seit Erlaß der KAE erörtert.

Bei den im vierten Hauptteil behandelten steuerlichen Problemen des KA-Rechts wird besonders die körperschaftsteuerliche Frage der Anerkennung der KA als Betriebsausgabe unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des RFH, BFH und der jetzigen Regelung durch die Erlasse der Finanzminister der Länder untersucht. Es wird die Auswirkung der KA mit Bezug auf die Umsatz- und Gewerbesteuer gezeigt und auf die Steuerprivilegien der öffentlichen Hand eingegangen.

Im fünften Hauptteil interessiert die KA als marktwirtschaftliches Problem. Es werden die "Mittel" der freien Marktwirtschaft herausgearbeitet und die Beschränkung der freien Marktwirtschaft

bezüglich dieser "Mittel" nachgewiesen. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der "Mittel" der freien Marktwirtschaft bei Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben unter Berücksichtigung der "Grundfreiheitsrechte" der Wirtschaftsordnung und unter Wahrung der institutionellen Garantie des Art. 28 GG beschließt die Ausführungen des fünften Hauptteils.

Der sechste Hauptteil beleuchtet die KA in kommunalpolitischer Hinsicht. Hier wird die KA als feste Einnahme der Gemeinden erörtert.

Der Schluß der Untersuchung über die KA bringt die augenblicklich in der Diskussion befindlichen Vorschläge für eine Neuregelung des KA-Rechts mit einer eigenen Stellungnahme.

Erster Hauptteil

DER KONZESSIONSABGABENBEGRIFF

A. Begriff und Wesen der KA im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch

Der Begriff der KA ist seit Erlaß der "Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände"[1] vom 4.3.1941 - genannt Konzessionsabgabenordnung, KAE - einheitlich verwendet worden. Zwar erhielten Verträge, in denen Konzessionsabgaben vereinbart wurden, schon seit 1917 überwiegend die Bezeichnung "Konzessionsvertrag"[2]. Für die Bezeichnung "Konzessionsabgabe" waren jedoch bis zur Veröffentlichung der KAE viele andere Ausdrücke gebräuchlich, wie z.B. "Wegebenutzungsentgelt"[3], "Sonderabgabe"[4], "Gelände-

1) RAnz Nr. 57 vom 8.3.1941

2) Carl Crome (AcP Band 115 S.1 ff.) verwendete 1917 einen Aufsatz mit dem Titel "Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Krieg". 1918 schreibt Richard Thoma (AöR Band 38 S. 307 ff.) über die Gasröhrenkonzession und die Rechtslage des Röhrennetzes nach Ablauf der Konzessionsdauer.

3) RFHE Band 16 S.296

4) RFHE Band 36 S.89

benutzungsgebühr"[1], "Wegemiete"[2], "Monopolabgaben, Grund- und Straßenbenutzungsgebühren, Straßenunterhaltungsbeiträge"[3], "Wege- und Betriebsabgaben"[4], "Hoheitsabgaben"[5] und viele andere Bezeichnungen mehr.

Im folgenden soll versucht werden, Wesen und Inhalt des KA-Begriffs vom allgemeinen juristischen Sprachgebrauch her zu klären, und zwar soll der Begriff der Konzessionsabgabe in seine beiden Bestandteile K o n z e s s i o n und A b g a b e zerlegt und gesondert betrachtet werden.

I. Der Begriff K o n z e s s i o n

Die Bezeichnung Konzession[6], die keineswegs einheitlich gebraucht wird, ist vorwiegend im Verwaltungsrecht anzutreffen. Sie findet hauptsächlich Verwendung für die Kennzeichnung von VA´en, durch die etwas genehmigt, erlaubt, verliehen oder übertragen wird.[7]

Im folgenden sollen die verschiedensten Definitionen und Erklärungen des Begriffs Konzession näher dargelegt werden. Eine ausführliche Behandlung des Konzessionsbegriffs wird für erforderlich gehalten, da der Begriff Konzessionsabgabe zum Teil irreführend und nicht ganz zutreffend ist.[8]

Einer der ältesten Autoren, die den Konzessionsbegriff behandelt haben, ist F.F. Mayer. Er versteht unter der Konzession die Verleihung öffentlicher Unternehmen und die Verleihung von Sondernutzungsrechten. Die Verleihung öffentlicher Unternehmen um-

---

1) RFHE in StuW 1935 Nr.50

2) RFHE Urt. III/A 54/53 vom 27.6.1935

3) Janschowich, Das Problem der Konzessionsabgaben bei den österreichischen Versorgungsunternehmen, in "Gas, Wasser, Wärme" 3.Band 1949 Heft 1 S.1

4) RdErl. des RdF vom 20.8.1938, S.2506-15 III RStBl.1938 S.801

5) Blaum, Abgabenstop der Versorgungsunternehmen, in RVerwBl. 1941 S.298

6) lat. concedere - erlauben, einräumen, zugestehen

7) Schlutius, Echte Konzession und öffentliches Unternehmen, Diss.Jena 1934 S.10

8) Ballerstedt, Die Zukunft der Konzessionsabgaben, S.1 nennt die Bezeichnung "Konzessionsabgaben" provozierend.

schreibt er[1] folgendermaßen: "Die Gründung und Erhaltung mancher öffentlicher Anstalten, deren Benutzung für den Einzelnen von solchem Wert ist, daß sie auch gegen eine Gegenleistung - Abgabe - gesucht wird, wird in Aussicht auf den durch letztere zu erreichenden Gewinn von Einzelnen oder Gesellschaften unternommen werden, wenn die öffentliche Gewalt einerseits darauf verzichtet, dieselben Zwecke durch eine ähnliche Anlage aus öffentlichen Mitteln auszuführen oder durch andere ausführen zu lassen, andererseits die Ausführung der Anlage eines Unternehmens für öffentliche Zwecke dadurch ermöglicht, daß sowohl die nötige Benutzung öffentlicher Güter (z.B. Flüsse, Fähren) zugestanden, als auch das Recht auf Zwangsenteignung von Privatrechten eingeräumt, auch endlich der solchen öffentlichen Anlagen notwendige besondere Schutz zugesichert ist. Diese Einräumungen sind durch eine besondere Bewilligung, Concession, zu erlangen, welche in Deutschland unter Umständen für Kanäle, Eisenbahn, Straßen und Brücken erteilt wird."

Die Verleihung von sogenannten Sondernutzungsrechten wird von F.F. Mayer als "Verleihung ständiger Gebrauchsrechte, z. B. Stauwerke und Entwässerungsanlagen an öffentlichen Gewässern" bezeichnet.

Otto Mayer[2] sieht in der Konzession "ein Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts", "einen VA, der immer zum Inhalt hat, daß dem, über welchen er ergeht, dem Beliehenen, rechtliche Macht gegeben werden soll über ein Stück öffentlicher Verwaltung und die darin erscheinende öffentliche Gewalt." Otto Mayer versteht demnach unter der Konzession die Verleihung öffentlicher Gewalt, die der Beliehene im eigenen Namen ausübt. Er unterscheidet zwei Arten solcher Verleihungen - Konzessionen -:

1. Die Verleihung - Konzession - eines öffentlichen Unternehmens und
2. die Verleihung - Konzession - eines besonderen Gebrauchsrechts.

---

1) F.F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts, S.212

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2 S. 95

Fleiner[1] sieht in der Konzession einen "rechtsbegründenden Staatsakt", durch den die Behörde einer Privatperson ein Recht verleiht, das sie bisher nicht besessen hat. In der Erweiterung der individuellen Rechtssphäre erblickt er das Kriterium der echten Konzession. Das verliehene Recht kann nach seiner Ansicht ein "subjektiv öffentliches Recht auf Errichtung und Betrieb eines bestimmten Unternehmens oder ein Individualrecht auf Sondernutzung einer öffentlichen Sache sein." Dieser Konzession stellt Fleiner die gewerbepolizeiliche Erlaubnis gegenüber, die zu Unrecht häufig Gewerbekonzession genannt wird. Für sie wird auch der Ausdruck "schlichte Gewerbeerlaubnis" verwendet.[2] Die Begriffe Konzession und Erlaubnis von einander abzugrenzen, bereitet Schwierigkeiten, da einmal die Grenzen ineinander übergehen, zum anderen die Gesetzgeber die Begriffe unterschiedlich verwenden.[3]

Ottmar Bühler[4] unterscheidet drei Arten von Konzessionen:

1. Die Konzession im vollsten Sinne
Hierunter versteht er die Eisenbahnkonzession und die Konzession für Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke.

2. Die gewerbepolizeilichen Erlaubnisse
Hierzu zählt Bühler die Wirtschaftskonzession und die Konzession zur Errichtung lästiger Anlagen.

3. Die Berechtigungen, die jedem ohne besondere Verfahren auf Grund der Bestimmungen über die Gewerbefreiheit zustehen.

---

1) Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. S.345

2) Auch Scupin in Peters Handbuch Band II S.630 spricht zur Verdeutlichung des Unterschieds von "echter Konzession" im Gegensatz zur "schlichten Erlaubnis". Von Köhler, Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts, S.145, unterscheidet sachlich ebenso, terminologisch jedoch zwischen "uneigentlichen Konzessionen" (Polizeierlaubnis) und "eigentlichen Konzessionen". Vgl. auch Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S.84; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S.90

3) Vgl. z.B. §§ 7,16,30,33a GewO; vgl. auch Terrahe, Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Münster 1961 S.152 ff.

4) Vgl. Bühler, Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts in Festgabe für Fritz Fleiner 1927 S.26 ff. und 37

Wolff[1] versteht unter der Konzession eine Erlaubnis im weiteren Sinne, durch die ein volles, subjektives öffentliches Recht begründet wird.

Während die meisten Autoren[2] folgende drei Arten von Konzessionen unterscheiden:

1. die Polizeierlaubnis
2. die Verleihung öffentlicher Unternehmen
3. die Verleihung von Sondernutzungsrechten an öffentlichen Sachen

teilt Stern[3] die Konzession folgendermaßen ein:

1. die gewerberechtliche Konzession
2. die wirtschaftsrechtliche Konzession
3. die wegerechtliche Konzession

Ähnlich wie bei Stern werden bei Huber[4] die Konzessionen eingeteilt. Huber unterscheidet jedoch nur zwei Arten von Konzessionen:

1. die Wege- und Wasserkonzession
2. die Wirtschaftskonzession

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, daß der Begriff Konzession in der Rechtslehre leider keine einheitliche Verwendung findet. Einige Autoren bezweifeln sogar, daß eine einheitliche Begriffsbestimmung jemals möglich ist, da die Begriffe Konzession, Erlaubnis, Verleihung, Genehmigung und Bewilligung synonym gebraucht werden. So schreibt z.B. Vogel[5],

---

1) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, 1963 § 48 II 7c, S.268; ähnlich definiert Terrahe, Die Beleihung, S.153, die Konzession als "das durch Verleihung begründete volle subjektive Recht".

2) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, §§ 22,39,49 Jellinek, Verwaltungsrecht, S.341 ff., 247 ff., 405 Fleiner, Institutionen, S.341 ff., 405 ff.; vgl. Landmannromer, Kommentar zur Gewerbeordnung, S.705 ff.; Reuß, Die Konzession, Rechtsnatur und Rechtsfragen, in Staats- und Selbstverwaltung 1926 S.325 ff., 413 ff.

3) Stern, Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags, in AöR Band 84 S.152 ff.

4) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I S.565 ff.

5) Vgl. Vogel, Wirtschaftseinheiten S.90

das Wort Konzession sei zu oft gebraucht worden, als daß noch eine klare Verständigung möglich sei. Er verweist mit Recht auf die großen Unklarheiten, die z.B. in der Darstellung von Stier-Somlo[1] liegen. Erich Kaufmann[2] erklärt im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, daß unsere Konzession überhaupt kein einheitliches Rechtsinstitut sei.

Außer den bereits zitierten unterschiedlichen Verwendungsmöglichkeiten des Konzessionsbegriffs lassen diese Feststellungen klar erkennen, daß sich aus dem juristischen Sprachgebrauch keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine Deutung des KA-Begriffs im Sinne der KAE ergeben.

II. Der Begriff A b g a b e

Unter Abgaben versteht man im rechtlichen Sinne Steuern, Gebühren und Beiträge, die von öffentlichrechtlichen Institutionen erhoben werden. Eine Legaldefinition ist nur für die "Steuern" in § 1 Abs. 1 AO gegeben. Danach sind Steuern einmalige oder laufende Geldleistungen, die, ohne Gegenleistung für eine besondere Leistung zu sein, von einem öffentlichrechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen denen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Gemäß § 8 AO gilt diese Definition auch für die Gemeindesteuern.

Gebühren sind Gegenleistungen für eine vom Pflichtigen veranlaßte besondere Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung.[3] Die Gemeinden können z.B. nach § 4 KAG für die Benutzung der von ihnen im öffentlichen Interesse unterhaltenen Veranstaltungen (Anlagen, Anstalten und Einrichtungen) eine besondere Vergütung - Gebühren - verlangen.

Nach § 9 KAG können die Gemeinden zum Zwecke der Deckung der Kosten für die Herstellung und Unterhaltung von Veranstaltungen, die durch das öffentliche Interesse gefordert werden,

---

1) Vgl. Stier-Somlo, Konzessionen, in HWbRW Band III S.715

2) Vgl. Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht, in WbStaVR Band III S.713

3) Vgl. hierzu Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S.89 f.; Wolff, Verwaltungsrecht, § 42 S.218

von denjenigen Grundeigentümern und Gewerbetreibenden, denen hierdurch besondere wirtschaftliche Vorteile erwachsen, Beiträge zu den Kosten der Veranstaltung erheben.

Beiträge sind also Gegenleistungen für besondere wirtschaftliche Vorteile, die der Pflichtige dadurch erlangt, daß öffentliche Einrichtungen bestehen.[1)]

Der Sprachgebrauch der Gesetze bezüglich des Abgabenbegriffs ist nicht einheitlich. So versteht das "Gesetz über die Zulässigkeit des Verwaltungszwangsverfahrens und über sonstige finanzielle Befugnisse"[2)] vom 12.7.1933 unter Abgaben in § 1 Abs. 1 Ziff. 1 nicht nur Gebühren, Beiträge und Steuern, sondern darüber hinaus auch Umlagen der Gemeindeverbände einschließlich der auf Gesetz oder Satzung beruhenden Zinsen und Zuschläge.

Die Reichsabgabenordnung beschränkt ihr Anwendungsgebiet auf Steuern und nimmt Gebühren und Beiträge ausdrücklich aus, §§ 1,3 AO. Das Grundgesetz spricht in Art. 111 Abs. 2 von "Einnahmen aus Steuern, Abgaben und sonstigen Quellen"[3)].

Auch die Gemeindeverfassungsgesetze verfahren nicht einheitlich. Teilweise wird der Abgabenbegriff sogar in demselben Gesetz in unterschiedlichem Sinne gebraucht. So spricht § 28 Abs. 1 Buchst. i nwGemO[4)] von "Abgaben" und meint damit ganz zweifellos Gebühren, Beiträge und Steuern, während in § 87 Abs. 5 und § 89 Abs. 1 Ziff. 2 nwGemO von "Steuern und Abgaben" die Rede ist.

---

1) Vgl. Peters, Handb. Band III S.465

2) GS 1933 S.252

3) Vgl. auch das durch § 186 Abs. 1 Ziff. 46 BBauG inzwischen außer Kraft gesetzte Aufbaugesetz von NRW vom 29.4.1952 (GVBl.NRW S.75), das in § 57 Abs. 1 von "Abgaben und Gebühren" sprach, und das Gesetz über Kosten und Abgabenfreiheit im Flurbereinigungsverfahren vom 15.3.1955 (BStBl. II S.64), das in § 1 Abs. 1 ebenso wie das FlurbG in § 108 Abs. 1 von "Gebühren, Steuern und Abgaben" spricht.

4) GS NRW 1952 S.167

Die hessische Gemeindeordnung[1] spricht in §§ 51 Ziff.10, 115 Abs. 1, 118 Ziff. 2 einheitlich von Abgaben. Die niedersächsische Gemeindeordnung[2] gebraucht in den §§ 45 Ziff. 8 und 109 Abs. 1 den Abgabenbegriff und weist durch einen Klammerzusatz darauf hin, daß darunter "Steuern, Gebühren und Beiträge" zu verstehen sind, während sie in § 117 Ziff. 2 wieder von Steuern und Abgaben spricht.

Ob zu den Abgaben auch die Naturaldienste zu rechnen sind, ist umstritten. Riewald[3] und das Pr.OVG[4] zählen die Naturaldienste nicht zu den Abgaben. In dem rheinland-pfälzischen Kommunalabgabengesetz vom 8.11.1954[5] werden die Naturaldienste kraft Gesetzes den Abgaben gleichgestellt. § 1 Abs. 1 des Gesetzes sagt: "Als Abgaben im Sinne dieses Gesetzes gelten auch Gemeindedienste." Auch das OVG Lüneburg[6] zählt zu den Abgaben im Sinne des preußischen KAG nicht nur Gebühren, Beiträge und Steuern, sondern auch Naturaldienste.

M.E. fallen die Naturaldienste unter den Begriff der Gemeindelasten. Dieser Begriff umfaßt als Oberbegriff sowohl die Abgaben als auch die Naturaldienste[7].

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben[8], wird nicht nur der Begriff "Konzession", sondern auch der Begriff "Abgabe" in Rechtslehre und Gesetzgebung unterschiedlich gebraucht. Da die Begriffe keine einheitliche Verwendung finden, lassen sich Wesen und Inhalt der Konzessionsabgaben vom juristischen Sprachgebrauch her nicht erklären.

---

1) GVBl. 1952 S.11
2) SaBl. S.315
3) Vgl. Riewald, Kommentar zur AO, S.193 ff.
4) OVG Band 30 S.140; Band 81 S.173
5) GVBl. S.139
6) OVG Lüneburg in DVBl. 1951 S.287
7) In diesem Sinne faßt auch Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft S.90, die Naturalleistungen als "selbständige Kommunalabgaben" auf. S.a.Wolff, Verw.R § 42 II
8) Eine so ausführliche und fast ausschweifend scheinende Erörterung über den Konzessions- und Abgabenbegriff erschien ratsam zu sein, da eine terminologische Begriffsbestimmung in Bezug auf den Konzessionsabgabenbegriff irreführend und unzutreffend ist. Die KA haben weder etwas mit Konzession im Sinne von Beleihung mit öffentlicher Gewalt gemeinsam, noch stellen sie als Abgaben eine öffentlichrechtliche Gegenleistung für eine besondere Inanspruchnahme der Verwaltung oder für die Möglichkeit der Benutzung öffentlicher Einrichtungen unter besonderen wirtschaftlichen Vorteilen dar.

B. Begriff und Wesen der KA im versorgungs- und verkehrsrechtlichen Sinne

Annähernd Aufschluß über den Inhalt des KA-Begriffs gibt die Definition des "Konzessionsvertrags" in dem Erlaß des Reichswirtschaftsministers vom 25.2.1937[1]. Dieser Erlaß kennzeichnet die KA als eine "Abgeltung für die Einräumung eines ausschließlichen Wegebenutzungsrechts für ein bestimmtes Versorgungsgebiet". Diese Definition ist jedoch nicht umfassend genug, da nicht alle in Frage kommenden Tatbestandsmerkmale der KA angeführt werden.

Erst die Ausführungsanordnung zur KAE[2] gibt eine Legaldefinition des Begriffs der KA in § 1 Abs. 1. Nach § 1 Abs. 1 A/KAE sind KA "alle Entgelte, die ein Versorgungsunternehmen an eine Gemeinde, einen Gemeindeverband oder einen Zweckverband[3] für die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume zur Verlegung von Versorgungsleitungen oder den Verzicht auf eine anderweitige Regelung der Versorgung im Gebiet der Gemeinde, des Gemeindeverbandes oder des Zweckverbandes entrichtet."

Die Durchführungsbestimmung zur KAE und zu ihrer Ausführungsanordnung vom 27.2.1943[4] grenzt den Begriff der KA noch präziser ab: "Nach § 1 A/KAE ist als KA jedes Entgelt anzusehen, zu dessen Zahlung sich das Versorgungsunternehmen deswegen bereitgefunden hat, weil die Gemeinde von der Zahlung dieses Entgeltes die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume zur Verlegung von Versorgungsleitungen oder den Verzicht auf eigene Ausübung der Versorgung oder den Verzicht auf Übertragung der Versorgung an einen anderen Unternehmer abhängig machte."

Dieser KA-Begriff gilt eigentlich nur für die KA der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände. Durch den Erlaß des

---

1) Erl. des RWM vom 25.2.1937, abgedruckt bei Darge-Melchinger-Rumpf, Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz, Teil II Textteil 43
2) A/KAE vom 27.2.1943, RAnz Nr.75 vom 31.3.1943, MittBl. IA vom 12.4.1943 S.226
3) Im weiteren Verlauf der Darstellung wird nur noch von Gemeinden gesprochen.
4) D/KAE vom 27.2.1943 MittB.. I/A vom 12.4.1943 S.228

Reichsministers der Finanzen[1] vom 28.2.1944 findet aus Gründen der Einheitlichkeit für die Abgaben der öffentlichen Verkehrsbetriebe der KA-Begriff ebenfalls Anwendung, obwohl diese Abgaben nicht den gleichen Charakter wie die KA im Sinne der KAE haben, sondern im stärkeren Maße ein Entgelt für die Wegebenutzung darstellen.

I. Die KA als Gegenleistung für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume

KA sind ein Entgelt, das ein Energie-, Wasserversorgungsunternehmen oder Verkehrsbetrieb an eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband als Gegenleistung für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume entrichtet.

Das Unternehmen, welches das Entgelt entrichtet, muß ein E n e r g i e -, W a s s e r v e r s o r g u n g s u n t e r n e h m e n oder V e r k e h r s b e t r i e b sein.

Das Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft[2] - Energiewirtschaftsgesetz - vom 13.12.1935 enthält in § 2 eine Legaldefinition des Begriffs "Energieversorgungsunternehmen": "Energieversorgungsunternehmen im Sinne dieses Gesetzes sind ohne Rücksicht auf Rechtsform und Eigentumsverhältnisse alle Unternehmen und Betriebe, die andere mit elektrischer Energie oder Gas versorgen oder Betriebe dieser Art verwalten."

Zu diesen in dem Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft aufgeführten "veredelten" Energiearten muß man heute auch die Wärme[3], das Öl[4] und ebenfalls die Atomenergie zählen, die Fischerhof "den neu hinzugewachsenen Teil des Energierechts"[5] nennt. Zu den Energieversorgungsunternehmen im Sinne dieser Untersuchung gehören nur die Unternehmen, - ohne Rücksicht auf

1) RdF-Erl. vom 28.2.1944 - S.2506 - 72 - III; RStBl. 1944 Nr.68 S.49
2) RGBl. 1935 I S.208
3) Vgl.Marschall, Bundesfernstraßengesetz, 1963 § 8 S.336
4) Bei Pipelines kommt es darauf an, daß sie der öffentlichen Versorgung dienen.
5) Fischerhof, Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S.202

Rechtsform und Eigentumsverhältnisse -, die Dritte mit elektrischer Energie, Gas oder Wärme versorgen.

Eine Legaldefinition des Begriffs "Wasserversorgungsunternehmen" gibt es nicht. § 14 der 10. Abgaben DV-LA vom 28.6.1954[1] enthält nur eine Begriffsbestimmung der öffentlichen Wasserversorgung: "Öffentliche Wasserversorgung betreiben Unternehmen, die auf Grund vertraglicher Verpflichtung oder öffentlicher Satzung andere nicht nur vorübergehend mit Trink- oder Brauchwasser versorgen."

Die Legaldefinition des Begriffs des Energieversorgungsunternehmens ist auf Versorgungsunternehmen der Wasserwirtschaft sinngemäß anwendbar.

Für den Begriff Verkehrsbetriebe fehlt ebenfalls eine Legaldefinition. Zu den Verkehrsbetrieben im Sinne dieser Untersuchung gehören alle Unternehmen und Betriebe, die im Orts- oder Nahortsverkehr die Personenbeförderung betreiben.

Zusammenfassend werden sowohl die Energie- und Wasserversorgungsunternehmen als auch die Verkehrsbetriebe als Versorgungsunternehmen bzw. Versorgungsbetriebe[2] bezeichnet.

Sie können einmal als wirtschaftliche Unternehmungen der Gemeinden in der Form des Eigenbetriebes, als Eigengesellschaft in einer Unternehmungsform des Privatrechts oder in der Form der Beteiligung an einer juristischen Person zum andern als rein privatwirtschaftliche Unternehmung geführt werden.[3]

---

1) Zehnte Durchführungsverordnung über Ausgleichsabgaben nach dem Lastenausgleichsgesetz, BStBl. I S.321

2) Den Begriff des Versorgungsbetriebes führten die §§ 2 und 7 KörpStG vom 10.8.1925 (RGBl. I S.208) zum ersten Male in die Gesetzessprache ein und zählten hierzu Betriebe und Verwaltungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts und öffentliche Betriebe und Verwaltungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die die Bevölkerung mit Wasser, Gas oder Elektrizität versorgen bzw. dem öffentlichen Verkehr oder dem Hafenbetrieb dienen (vgl. Depenbrock, Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft, S.22)

3) Vgl. Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft S. 159

Die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe müssen ö f f e n t l i c h e Versorgung betreiben. Der Begriff der öffentlichen Versorgung ist nicht vom öffentlichen Recht oder vom öffentlichen Rechtsträger her definiert,[1] sondern in der Bedeutung von Allgemeinzugänglichkeit zu verstehen. Gieseke[2] legt "öffentliche Versorgung" als "Lieferung von Elektrizität und Gas an andere" aus. Ruzek[3] interpretiert den Begriff der öffentlichen Versorgung als "öffentliche Aufgabe","öffentliche Wege benutzen" oder "einen unbeschränkten Kreis von Menschen versorgen".

Den Begriff "öffentliche Versorgung" von der Inanspruchnahme öffentlicher Wege herzuleiten, scheint m.E. verfehlt zu sein. Einmal können die Versorgungsleitungen auch über private Grundstücke gelegt werden, zum anderen wird bei der Verlegung von Versorgungsleitungen nicht der öffentliche Weg als solcher in Anspruch genommen, sondern nur das Wegeeigentum tangiert, da die Verlegung von Versorgungsleitungen im Gegensatz zu den Verkehranlagen den Widmungszweck nicht dauernd beeinträchtigt.

Zutreffend ist daher die Interpretation von Fischerhof, der den Begriff "öffentliche Versorgung" im Sinne von "Allgemeinzugänglichkeit" auslegt.[4]

Man kann also feststellen: Öffentliche Versorgung üben nicht nur solche Betriebe und Unternehmen aus, die sich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, vielmehr betreiben auch die privaten und gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe mit der Versorgung Dritter öffentliche Versorgung. Nicht zu den Versorgungsbetrieben zählen all diejenigen Unternehmen, die durch Eigenanlagen ihren Betrieb mit

---

1) Vgl. Fischerhof, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, in DÖV 1957 S.306

2) Gieseke, Probleme des Energierechts, S.31

3) Ruzek, Ist die Bezeichnung "öffentliche Versorgung" im Energiewirtschaftsgesetz klar und zweckmäßig oder sollte sie geändert werden?, in EltWi 1957, S.23

4) Vgl. ebenso Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, in VerwArch 1959 S.325; Henke-Müller-Rumpf, Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S.7

Elektrizität, Gas, Wasser oder Wärme versorgen und hierzu die öffentlichen Verkehrsräume zur Durchleitung oder Überleitung benutzen. Verlangt eine Gemeinde von einem solchen Unternehmen für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume ein Entgelt, so fällt dies nicht unter den Begriff der KA, sondern ist als gewöhnlicher Mietzins anzusehen.

Der Empfänger des Entgelts muß eine G e m e i n d e oder eine den Gemeinden gleichgestellte G e b i e t s k ö r p e r s c h a f t sein. Zahlungen an eine Privatperson, eine Gesellschaft oder einen Verband fallen nicht unter den AK-Begriff.

Das Entgelt muß für die Benutzung der ö f f e n t l i c h e n V e r k e h r s r ä u m e gezahlt werden. Hierunter fallen nur die dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen, Wege, Plätze, Brücken und dgl.[1] Zahlungen für die Benutzung privater und öffentlicher Grundstücke, die außerhalb der öffentlichen Verkehrsräume liegen, sind echte Grundstücksmieten und keine KA.

Die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume muß zum Zwecke der V e r l e g u n g von V e r s o r g u n g s l e i t u n g e n und V e r k e h r s a n l a g e n erfolgen.

Unter Versorgungsleitungen sind alle diejenigen Anlagen und Einrichtungen zu verstehen, die unmittelbar zur öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser oder Wärme verwendet werden. Zu den Versorgungsleitungen gehören Hochspannungsleitungen, Lichtleitungen im Luftraum sowie unterirdische Kabel, Gas-, Wärme- und Wasserrohre.

Verkehrsanlagen sind alle diejenigen Anlagen und Einrichtungen, die unmittelbar zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Verkehrs gehören. Zu den Verkehrsanlagen zählen Oberleitungen für Straßenbahnen und Oberleitungsbusse, Schienen, Anlagen und Zubehör für Haltestellen.

II. Die KA als Gegenleistung für die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts

KA sind ferner ein Entgelt, das ein Versorgungsunternehmen oder Verkehrsbetrieb an eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband als

---

1) Vgl. Schallenberg, Die Widmung, S.22

Gegenleistung für die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts innerhalb eines bestimmten Versorgungsgebietes zahlt.

Die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts gilt als selbständiger Rechtsgrund, der zum Entstehen einer KA-Forderung führen kann. Begrifflich stellt daher schon die Gegenleistung des Versorgungsunternehmens an die Gemeinde für deren Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts eine KA dar, ohne daß es einer Einräumung des Nutzungsrechts an öffentlichen Verkehrsräumen bedarf. In der Praxis ist aber das Ausschließlichkeitsrecht in der Regel mit dem Wegenutzungsrecht verbunden, weil die Ausübung des Versorgungsmonopols das Bestehen eines Wegenutzungsrechts voraussetzt. Jeder Konzessionsvertrag läßt sich auf das dem Versorgungsunternehmen eingeräumte Wegenutzungsrecht zurückführen.[1)]

Das Wegenutzungsrecht braucht nicht in der Form eines ausschließlichen Wegenutzungsrechts eingeräumt zu werden. Es kommt oft vor, daß eine Gemeinde ihrem Eigenbetrieb das ausschließliche Versorgungsrecht der Gemeindebevölkerung zugesteht, ohne daß das Wegenutzungsrecht zur Verlegung von Versorgungsleitungen als ausschließliches Sondernutzungsrecht eingeräumt wird.

Ebenfalls ist es denkbar, daß zwei weder schienen- noch leitungsgebundenen Verkehrsbetrieben das Wegenutzungsrecht für dieselben Straßen eingeräumt wird. Diese Möglichkeit besteht in Großstädten, wenn einem Verkehrsbetrieb die Beförderung des Personenverkehrs in der Innenstadt, einem anderen Verkehrsbetrieb die Beförderung des Personenverkehrs von der Innenstadt in die Vororte gestattet wird.

Eine Leistung für die Einräumung eines ausschließlichen Sondernutzungsrechts an den öffentlichen Verkehrsräumen umfaßt notwendigerweise auch eine Vergütung für den Verzicht der Gemeinde auf anderweitige Versorgungsregelung.

---

1) Vgl. Braun, Der Einfluß des Konzessionsabgabenrechts auf die Bilanzpolitik von Versorgungsunternehmen, Diss. München 1957 S.6

Ebenso wie die Erteilung eines ausschließlichen Sondernutzungsrechts an den öffentlichen Verkehrsräumen ist auch die Einräumung eines ausschließlichen Versorgungsrechts innerhalb eines bestimmten Gebietes für die Begründung der KA nicht begriffsnotwendig, da auch die Leistungen für eine nicht ausschließliche Versorgung KA sein können.[1)]

III. Die KA als Gegenleistung für den Verzicht auf eigene Versorgungstätigkeit

Außer dem Wegenutzungsrecht und dem Ausschließlichkeitsrecht wird vereinzelt auch der Verzicht der Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeit als Rechtsgrund für die Erhebung der KA genannt.

Im Gegensatz zu den vorgenannten zwei Rechtsgründen für die Erhebung der KA, dem Wegenutzungsrecht und dem Ausschließlichkeitsrecht, bildet der Verzicht der Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeit kein selbständiges Verursachungsmoment für die Erhebung von KA. Die Verzichtserklärung der Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeit ist nur in Verbindung mit der Einräumung des Wegenutzungsrechts und der Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts von Bedeutung.

Für die Gemeinden ist die Verzichterklärung auf eigene Versorgungstätigkeit eine zusätzliche Rechtfertigung für die Höhe der von ihnen geforderten KA'en, die sie damit begründen, daß sie zu Gunsten der Versorgungsunternehmen auf eine eigene Ertragsmöglichkeit verzichten. Für die Versorgungsunternehmen bietet die Verzichtserklärung neben dem Ausschließlichkeitsrecht eine weitere Sicherheit für die Ausnutzung ihrer kapitalintensiven Anlagen. Der überwiegende Teil der Konzessionsverträge enthält die Verzichtserklärung der Gemeinden auf eigene Versorgungstätigkeit. Es kommt allerdings auch vor, daß sich die Gemeinden innerhalb ihres Gebietes zweier Versorgungsbetriebe für ein und dieselbe Versorgungsart bedienen. Einem Versorgungsunternehmen - das ist in der Regel der Eigenbetrieb der Gemeinde - überträgt sie die Versorgung der B e v ö l k e -

---

1) Vgl. Apfelstedt/Ballerstedt, Konzessionsabgaben in der Energie- und Wasserversorgung, S.33

r u n g mit Gas, Wasser oder Elektrizität, einem anderen Versorgungsunternehmen die Versorgung der I n d u s t r i e b e t r i e b e .[1] Aber auch eine regionale Aufteilung ist möglich.[2]

Nach den vorangegangenen Erörterungen kann der KA-Begriff jetzt abschließend wie folgt erklärt werden:

Konzessionsabgaben sind ein Entgelt, das ein Versorgungsunternehmen oder ein Verkehrsbetrieb an eine Gemeinde oder einen Gemeindeverband entrichtet,

1. als Gegenleistung für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume
   bzw.
2. als Gegenleistung für die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts.

Dabei kann die Einräumung des Wegenutzungsrechts oder die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts mit der Verzichtserklärung der Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeit verbunden sein.

Zweiter Hauptteil

DIE KA ALS RECHTLICHES PROBLEM

A. Rechtsgründe für die Erhebung von KA

Aus der begrifflichen Klarstellung ist gefolgert worden, daß zwei Rechtsgründe für die Erhebung der KA maßgebend sind: einmal die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume, zum anderen die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts, gegebenenfalls

---

1) Z.B. wird die Bevölkerung der Stadt Ahaus mit Elektrizität durch den Eigenbetrieb versorgt, während größere Industriebetriebe direkt von den VEW beliefert werden.

2) So z.B. in Köln, wo ein Versorgungsunternehmen den linksrheinischen, ein anderes den rechtsrheinischen Stadtteil mit Strom versorgt.

jeweils in Verbindung mit der gleichzeitigen Verzichtserklärung der Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeit.

I. Die Erlaubnis zur Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume als Rechtsgrund für die Erhebung der KA

KA werden für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume erhoben. Will ein Versorgungsunternehmen oder ein Verkehrsbetrieb die ihm gestellten Aufgaben erfüllen, so kann dies nur geschehen, wenn ihm die öffentlichen Verkehrsräume und privaten Grundstücke für die Verlegung und Errichtung der notwendigen Versorgungsleitungen und Verkehrsanlagen zur Verfügung gestellt werden. Durch die Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsräume und privater Grundstücke greifen die Versorgungsunternehmen und die Verkehrsbetriebe in die Rechte von öffentlichen Körperschaften und Privatpersonen ein. Der Eingriff in Eigentumsrechte von Privatpersonen bildet jedoch die Ausnahme, da es für die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe zweckmäßiger ist, die Energieversorgungsleitungen und Verkehrsanlagen entlang der öffentlichen Wege und Plätze zu führen.[1)]

Im folgenden soll geprüft werden, in wieweit die Eingriffe in die Rechte Dritter rechtlich von Bedeutung sind, d.h., ob es gerechtfertigt ist, daß die Gebietskörperschaften für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume von den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben eine Erlaubnis verlangen, deren Erteilung von der Zahlung eines Entgeltes, nämlich der KA, abhängig gemacht wird. Die Gemeinden und Gemeindeverbände könnten jedenfalls kein Entgelt für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume verlangen,

1. wenn die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume durch die Versorgungsunternehmen von der Sozialgebundenheit des Eigentums gem. Art. 14 GG getragen würde,

---

1) Anders verhält es sich bei den Überlandleitungen, die überwiegend über privaten Grund und Boden verlegt werden. Sie zählen nicht zu den Versorgungsleitungen im Sinne dieser Untersuchung, da sie nicht unmittelbar der Stromversorgung an Endabnehmer dienen.

2. wenn die Benutzung der Verkehrsräume durch die Versorgungsbetriebe von den Eigentümern gem. § 905 Satz 2 BGB entschädigungslos geduldet werden müßte oder

3. wenn die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe von dem unentgeltlichen Gemeingebrauch gedeckt würde.

Für die Beantwortung dieser Fragen ist es erforderlich, auf die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Verkehrsräumen einzugehen. Die Rechtsverhältnisse an den öffentlichen Wegen bzw. an den öffentlichen Verkehrsräumen werden durch das Wegerecht geregelt. Grundlage für das Wegerecht bildet teilweise noch das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794, insbesondere dessen §§ 7 - 25, die zwar ausdrücklich für Land- und Heeresstraßen bestimmt sind, aber auch für die öffentlichen Wege schlechthin anwendbar sind.[1] Das deutsche Wegerecht ist durch eine Vielzahl rechtlicher Begriffe gekennzeichnet, die nur selten eine besondere gesetzliche Regelung erfahren haben, meist gewohnheitsrechtlich gewachsen und auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützt sind. So blieb es dem Bundesgesetzgeber vorbehalten, mit dem Erlaß des Bundesfernstraßengesetzes[2] den Grundbegriffen des Wegerechts gesetzliche Gestalt zu verleihen. In dem Wunsch nach Rechtsvereinheitlichung schufen die Länder den Entwurf eines gemeinsamen Landesstraßengesetzes[3], der sich in seinen Grundzügen den Regelungen des Fernstraßengesetzes anschließt. Neue Gesetze, die aus diesem Entwurf hervorgingen, haben das Land Bayern im bayStrWG[4] vom 11.7.1958, Berlin im berlStrG[5] vom 11.7.1957, Bremen in der breStrO[6] vom 10.5.1960,

---

1) Vgl. Scheuner, Zur Neuordnung des Wegerechts, im RVBl. 1937 S.729

2) BGBl. I 1953 S.903

3) Der Arbeitsausschuß wurde von den Ländern Baden-Württemberg, Bayern, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen gebildet. Er bestand aus "Straßenbaujuristen", wie es in der Begründung zum EntwLStrG auf S. 41 heißt.

4) GVBl. 1958 S. 147

5) SaBl. 1957 S. 1095

6) SaBl. 1960 S. 735

Hamburg im hmbWeG[1] vom 4.4.1961, Nordrhein-Westfalen im nwStrG[2] vom 28.11.1961, Schleswig-Holstein im schlhStrG[3] vom 22.6.1962, Hessen im heStrG[4] vom 9.10.1962, Niedersachsen im ndsStrG[5] vom 14.12.1962, Rheinland-Pfalz im rhpfStrG[6] vom 15.2.1963 erlassen.

1. Begriff und Entstehung des öffentlichen Weges

Germershausen-Seydel[7] bezeichnen die öffentlichen Wege als Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die kraft obrigkeitlicher Verfügungsgewalt und mit öffentlichrechtlicher Wirkung für den Straßenverkehr bestimmt sind und jedermann innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen offenstehen.

Die Ausdrücke "öffentlicher Weg" oder "öffentliche Straße" gelten als Bezeichnung für alle öffentlichen Verkehrsräume, also für Straßen, Wege oder Plätze.[8]

Zum juristischen Begriff des öffentlichen Weges gehören:

1. Der Straßenkörper - hierunter ist die dem Verkehr mittelbar oder unmittelbar dienende Substanz zu verstehen: der Straßengrund, der Straßenunterbau, die Straßendecke, Brücken, Bankette und Sicherheitsstreifen[9]
2. der Luftraum über dem Straßenkörper[10]
3. das Zubehör - das sind die Verkehrszeichen, Verkehrseinrichtungen, Verkehrsanlagen sowie die Bepflanzungen[11].

---

1) SaBl. 1961 S. 799
2) SaBl. 1962 S.2373
3) SaBl. 1962 S. 985
4) SaBl. 1962 S.1616
5) SaBl. 1963 S. 185
6) SaBl. 1963 S. 366

7) Vgl. Germershausen-Seydel, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen, Band I S.3

8) Vgl. Schallenberg, Die Widmung, S.22

9) § 1 Abs. 4 Ziff. 1 FStrG; vgl. Baumgardt, Begriff des wesentlichen Bestandteils im öffentlichen Recht, Diss. jur. Münster 1958 S.18. Die LStrG enthalten entsprechende Bestimmungen.

10) § 1 Abs. 4 Ziff. 2 FStrG; vgl. Germershausen-Seydel, Wegerecht, Band I 4. Aufl. S.98, prOVG Band 60 S.360

11) Vgl. Fritsch/Golz, Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, § 2 S.62

Die Öffentlichkeit eines Weges entsteht in der Regel durch den konstitutiven Hoheitsakt der Widmung[1]. Die Widmung bestimmt den Zweck, dem die Sache dienen soll. Erst durch die Widmung wird der Weg zur Gemeingebrauchssache.[2]

2. Die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen

Die Gestaltung der Rechtsbeziehungen an öffentlichen Wegen bestimmt den Rechtscharakter der Konzessionsverträge und der KA. Entscheidend hierfür ist nämlich, ob in dem Versorgungsgebiet der Eigentümer der öffentlichen Wege dem Versorgungsunternehmen bzw. dem Verkehrsbetrieb das Nutzungsrecht an den öffentlichen Verkehrsräumen in privatrechtlichen oder in öffentlichrechtlicher Weise einräumt. Die Feststellung, daß die öffentlichen Wege Einrichtungen des öffentlichen Rechts sind, besagt noch nichts darüber, daß für die Sachen im Gemeingebrauch die Regeln des Privatrechts zur Anwendung kommen, oder daß sie als öffentliche Sachen dem öffentlichen Recht zu unterstellen sind.

Über die Eigentumsfähigkeit öffentlicher Wege besteht mit Ausnahme von einigen Autoren[3] keine Meinungsverschiedenheit[4].

---

1) Art. 6 Abs. 1 bayStrWG: "Widmung ist die Verfügung, durch die eine Straße die Eigenschaft einer öffentlichen Straße erhält."

2) In diesem Sinne spricht Petersen, Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen im Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Hamburg 1935 S.19, von "gekorenen öffentlichen Sachen".

3) Vgl. Giese, Energieversorgung als öffentlichrechtliche Einrichtung, in RVerwBl. 1938 S.845, Scheuner, Der Gemeingebrauch an Straßen, in Ztschr. Ak DR 1937, S.484 f.

4) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.329 ff.; Ganschezian-Fink, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, in NJW 1957 S.285; Riederer-Sieder, Bayrisches Wassergesetz, S.58, 68 ff.; Treibert, Konzessionsabgaben und Wegerecht, in "Der Landkreis" 1963 Heft 4; de Weldige-Cremer, Die Benutzung öffentlicher Verkehrsräume, S.28; Wolff, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Band II 1932, S.349; Fleiner, Institutionen, S.330 ff.; Braun, Der Einfluß des Konzessionsabgabenrechts auf die Bilanzpolitik von Versorgungsunternehmen, S. 8. Die Eigentumsfähigkeit läßt sich auch aus dem neuen Wegerecht herleiten, das bestimmt, daß ein gewidmetes Grundstück durch bürgerlich-rechtliche Verfügungen ... nicht berührt wird. § 2 Abs. 3 FStrG

a) Die Theorie vom öffentlichen Eigentum

Man könnte nun meinen, daß infolge der Widmung der Wege zu öffentlichen Straßen keine Möglichkeit mehr besteht, irgendwelche Eigentumsbefugnisse privatrechtlicher Art an ihnen geltend zu machen. Diese Meinung wird auch von den Repräsentanten einer ausschließlich öffentlichrechtlichen Betrachtungsweise vertreten, die an die Lehre von einem Staatshoheitsrecht und der damit verbundenen Aufsichtsgewalt anknüpfen, in der dem öffentlichen Weg jegliche privatrechtliche Zugehörigkeit abgesprochen wird.[1)]

Die Theorie über das öffentliche Eigentum an öffentlichen Wegen als selbständiges Rechtsinstitut ist auf Eisele[2)] zurückzuführen, wurde dann aber von Otto Mayer in ein geschlossenes verwaltungsrechtliches System gebracht. Otto Mayer hat das öffentliche Eigentum konstruiert, das Privatrechtssätze und das Privateigentum ausschließt und als Synthese eigentümerischer und hoheitlicher Sachherrschaft erscheint. Nach seiner Meinung besteht an öffentlichen Sachen kein durch die öffentliche Zweckbindung beschränktes Privateigentum, sondern ein homogenes öffentliches Eigentum.[3)]

b) Die Eigentumsverhältnisse nach dem Hamburgischen Wegegesetz vom 4. 4. 1961[4)]

Diese reine öffentlichrechtliche Theorie, die im allgemeinen abgelehnt[5)], in der Praxis nur vorübergehend vom sächsischen

---

1) Vgl. Pr. Landeswasseramt in PrVerwBl. Bd.40 S.3581; Bühler, Otto Mayers Verwaltungsrecht, in Verw. Arch. Bd.27 S.296 ff., Hartmann in PrVerwBl. Bd.37 S.5657 RG in Seuff. Arch. Bd.79 S. 126

2) Vgl. Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico uso nach römischem Recht, Basel 1873

3) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, S.39 ff.

4) SaBl. 1961 S.799

5) Vgl. Maunz, Hauptprobleme, S.123; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.209

OVG[1] und im Schrifttum[2] nur vereinzelt vertreten wurde, hat Aufnahme gefunden in dem neuen Hamburgischen Wegegesetz vom 4.4.1961. Es folgt der Lehre Otto Mayers vom öffentlichen Eigentum, wenn es in § 4 hmbWeG die Grundflächen, die als öffentliche Wege (Straßen, Plätze) gewidmet sind und im privatrechtlichen Eigentum der Stadt Hamburg stehen, für öffentliches Eigentum erklärt. Die Nutzung der öffentlichen Sachen findet im Hamburgischen Wegegesetz ihre rechtliche Ausgestaltung in öffentlichrechtlichen Verträgen. Nach dem Hamburgischen Wegegesetz ist es nicht mehr möglich, Regelungen auf privatrechtlicher Basis zu treffen. Die öffentlichen Wege sind dem privaten Eigentumsrecht entzogen. Diese Art gesetzlicher Regelung ist z. Zt. in Deutschland noch einmalig. Die übrigen neueren Straßen- und Wegegesetze sind nicht der reinen öffentlichrechtlichen - publizistischen - Auffassung gefolgt, sondern werden bezüglich der Rechte an den öffentlichen Wegen der dualistischen Auffassung - der bisher herrschenden Meinung - teils mit Prävalenz des öffentlichen Rechts, teils mit der sich aus dem Eigentum ergebenden Prävalenz des bürgerlichen Rechts gerecht.[3]

c) Die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen nach der privatrechtlichen Theorie

Die privatrechtliche Theorie vom Wesen der Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen baut ausschließlich auf dem bürgerlichen Recht auf. Alle Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen richten sich nach den Vorschriften des BGB. Als das Rechtsinstitut des "Gemeingebrauchs" als öffentlichrechtliche Seite des Wegeverhältnisses neben die aus dem Eigentum

---

1) sächsOVG Urt. vom 9.2.1910, Band 15 S.175

2) Vgl. Bühler, Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht, VerwArch Band 27 S.296 ff.
Schelcher, Der öffentliche Weg und seine Bedeutung für das öffentliche und private Recht, FischZ Band 31 S.1

3) Vgl. Schack, Das Rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, in VerwArch 1963 S.51

herrührende privatrechtliche Seite trat, sahen die Vertreter der privatrechtlichen Theorie in dem Gemeingebrauch die einzig öffentlichrechtliche Nutzungsform, und alle übrigen Nutzungsformen, wie z.B. die über den Gemeingebrauch hinausgehende Sondernutzung, wurden nur vom Privatrecht beherrscht und bedurften nach ihrer Ansicht nicht einer Zustimmung zu der Sondernutzung durch die Wegepolizeibehörde, Wegebaulast- oder Wegeunterhaltspflichtigen. Diese privatrechtliche Theorie ist vorwiegend im energiewirtschaftsrechtlichen Schrifttum[1] vorherrschend und wurde teilweise auch vom RG, BGH und BFH[2] vertreten, allerdings mit der Einschränkung, daß neben der Prävalenz des bürgerlichen Rechts auch öffentlichrechtliche Bestandteile das Rechtsverhältnis beeinflussen.

d) Die Eigentumsverhältnisse an öffentlichen Wegen nach der dualistischen Auffassung

Die h.L.[3], die dualistische Auffassung, wird der nach deutschem Recht dem Wegeverhältnis eigentümlichen Doppelnatur von Zivilrecht und öffentlichem Recht gerecht. Nach ihr unterstehen die öffentlichen Wege grundsätzlich der Privatrechtssphäre und sind Gegenstände privatrechtlichen Eigentums. Gleichzeitig

---

1) Vgl. Henke/Müller/Rumpf, Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft, S.47; Fischerhof, Rechtsfragen, S.133; Fischerhof, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, in DÖV 1957 S.307 ff.; in EltWi 1959 S.674 ff. und in einem zum Entwurf des nwLStrG errichteten Gutachten vom 12.11.1959; Müller-Engelhardt, in EltWi 1953 S.287 ff.; Eiser, Energiewirtschaftsrecht, 1. Aufl. VIA d 2b; Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S.144

2) RGZ: Band 38 S.370; Band 85 S.14; Band 91 S.170; Band 92 S.310; Band 97 S.18; Band 106 S.204; Band 123 S.181; Band 132 S.398
BGHZ: Band 15 S.115; Band 19 S.92; Band 21 S.319; Band 28 S.38; Band 36 S.1;
BFHE: Band 38 S.301

3) Vgl. Fleiner, Institutionen, S.357; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I S.571; Maunz, Hauptprobleme, S.152; Wolff, Verwaltungsrecht, § 57 I;

unterliegen sie aber einer besonderen öffentlichrechtlichen Sachherrschaft, die zu der privatrechtlichen Sachherrschaft hinzutritt, so daß ein "gemischtes Rechtsverhältnis" entsteht. In diesem Sinne spricht man auch von einem "modifizierten Eigentumsbegriff"[1].

Die öffentliche Sachherrschaft ist dadurch gekennzeichnet, daß die öffentlichen Straßen dem Gemeingebrauch zu dienen haben. Wegen dieser Zweckgebundenheit unterstehen sie einem öffentlichen Sonderrecht. Die privatrechtliche Sachherrschaft wird beschränkt durch die öffentlichrechtliche Zweckbestimmung, die aber das private Eigentum nicht aufhebt.[2]

Das Eigentumsrecht ist noch so stark, daß es einmal jede andere Benutzungsart als Gemeingebrauch auszuschließen vermag, zum anderen gestattet es aber, alle Verfügungen vorzunehmen, die der Zweckbestimmung des öffentlichen Weges, dem Gemeingebrauch zu dienen, nicht zu widerlaufen.[3] "Die öffentlichrechtlich gewährleistete Benutzung des öffentlichen Weges im Rahmen des Gemeingebrauchs macht aus der privatrechtlichen Verkehrsfähigkeit eine relative Verkehrsunfähigkeit des öffentlichen Weges."[4]

3. Die Eigentumsbindung der öffentlichen Verkehrsräume und privaten Grundstücke - Art. 14 Abs. II GG -

Die Ausübung von Eigentumsrechten an öffentlichen Wegen ist allerdings insofern eingeschränkt, als das Recht der Allgemeinheit auf Gebrauch des öffentlichen Weges auf Grund der Sozialgebundenheit des Eigentums dem bürgerlichen Ausschließungsrecht des Eigentümers - § 903 BGB - vorgeht.

Würde die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume und der privaten Grundstücke durch die Versorgungsunternehmen von der

---

1) Vgl. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S.208, in dem er vom "modifizierten Privateigentum" spricht; Wolff, Verwaltungsrecht, § 57 I;

2) RGZ Band 132 S.399; BGHZ Band 9 S.383; vgl. Maunz, Das Recht der öffentlichen Sachen, in "Die Verwaltung" Heft 22 S.8 ff.

3) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 229 ff.

4) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S. 40

Sozialgebundenheit des Eigentums erfaßt, müßten die Eigentümer die Überspannung und Unterkreuzung ihrer Grundstücke entschädigungslos dulden.[1)]

Die Erörterung über die Eigentumsbindung beschränkt sich auf die Benutzung der öffentlichen Wege und privaten Grundstücke für die Verlegung von Versorgungsleitungen, da unbestritten die Benutzung der öffentlichen Wege und privaten Grundstücke durch Verkehrsbetriebe für Verkehrsanlagen (Schienen, Oberleitungen) von der Sozialgebundenheit des Eigentums nach Art. 14 GG nicht getragen wird.[2)]

Die Sozialgebundenheit des Eigentums setzt sich zusammen aus der sozialethischen Bindung des Art. 14 Abs. 2 GG und der gesetzlichen Eigentumsbindung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG[3)]. Es ist anerkannt, daß nicht nur das private Eigentum, sondern auch das Eigentum der öffentlichen Hand der Sozialgebundenheit unterliegen[4)]. Man könnte nun meinen, die Sozialgebundenheit der öffentlichen Verkehrsräume und privaten Grundstücke für die Benutzung durch die Versorgungsunternehmen sei gegeben, da diese öffentliche Interessen wahrnehmen, indem sie ein allgemeines Bedürfnis der Bevölkerung befriedigen. Die Feststellung der Erfüllung öffentlicher Zwecke zum Wohl der Allgemeinheit zieht jedoch noch nicht eine Duldungspflicht der Grundstückseigentümer aus dem Gesichtspunkt der Sozialpflichtigkeit nach sich. Die Sozialgebundenheit enthält die Verpflichtung "im Rahmen der Bedürfnisse der Gemeinschaft sachgerecht und gemeinnützig mit seinen Gütern zu verfahren."[5)]

---

1) Vgl. Art. 14 Abs. 2 GG

2) Vgl. Labs, Kommunale Verkehrsbetriebe, in Peters Band III S.722 So wird z.B. die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe in den Richtlinien für die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Benutzung von Bundesfernstraßen (VkBl. 1962 AIV S.22) ausdrücklich als Sondernutzung bezeichnet.

3) Vgl. v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Art. 14 Anm. V1

4) Vgl. Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S.73

5) Bauer, Tragweite des § 905 BGB für Versorgungsleitungen, in Einzelfragen des Energierechts Heft 5 S.33

Nach Pagenkopf[1] kann die Frage nach der Freiheit und Bindung des Eigentums mit den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nur aus dem Inhalt und den Schranken beantwortet werden, die die moderne Sozial- und Eigentumsordnung dem Eigentumsbegriff gesetzt hat. Erst durch die Gegenüberstellung Eigentumsbindung - Enteignung vermag man zu entscheiden, ob der Eigentümer die Eingriffe Dritter auf Grund der Eigentumsbindung entschädigungslos dulden muß, oder ob der Eingriff in das Eigentum als Enteignung angesehen werden kann. Die Abgrenzung zwischen entschädigungspflichtiger Enteignung und entschädigungsloser gesetzlicher Eigentumsbindung ist von der Rechtsprechung und Rechtslehre mit Hilfe der Enteignungstheorien versucht worden.

Nach der vom BGH entwickelten "modifizierten Einzelaktstheorie"[2] ist eine Enteignung der staatliche Eingriff in das Grundeigentum oder ein vermögenswertes Recht in Form der Entziehung oder Belastung, "der die betroffenen Einzelnen oder Gruppen im Vergleich zu anderen ungleich besonders trifft und sie zu einem besonderen, den übrigen nicht zugemuteten Opfer für die Allgemeinheit zwingt, und zwar zu einem Opfer, das gerade nicht den Inhalt und die Grenzen der betroffenen Rechtsgattung allgemein und einheitlich festlegt, sondern das aus dem Kreise der Rechtsträger Einzelne oder Gruppen von ihnen unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft". Diese Theorie behält den Einzelakt als formales Kennzeichen bei. Sie zieht aber im Sonderopfer ein materielles Kriterium hinzu und setzt Einzeleingriff und Sonderopfer nicht gleich. Ein Sonderopfer liegt grundsätzlich vor, wenn der Einzelne im Verhältnis zu anderen, bei denen die wesentlich gleichen Voraussetzungen, Verhältnisse und Interessen vorliegen, in besonders starkem Maße (Verletzung des Gleichheitssatzes) in Anspruch genommen wird. Nach der modifizierten Einzelaktstheorie stellt die

---

1) Vgl. Pagenkopf, Freiheit und Bindung des Eigentums, in NJW 1952 S.1195

2) Als Hauptenteignungstheorien gelten die vom BGH entwickelte "modifizierte Einzelaktstheorie" (BGHZ Band 6 S.270), die klassische Theorie (noch vertreten von Dürig, JZ 1954 S.4) und die materielle Aufopferungstheorie (BverwGE Band 2 S.172)

den Grundstückseigentümern auferlegte Verpflichtung, die Überspannung und Unterkreuzung zu dulden, einen Einzeleingriff dar, weil die Grundstücke nicht aller Eigentümer von der Verlegung von Versorgungsleitungen betroffen werden. Dieser Eingriff vollzieht sich auch ins Grundeigentum und zwar in der Form eines belastenden Eingriffs, weil die Herrschaftsmacht der Grundstückseigentümer nicht durch eine gesetzlich vorgesehene Duldung beschränkt wird. Die einzelnen Grundstückseigentümer werden im Verhältnis zu den anderen Grundstückseigentümern, die jenseits der Leitungen gelegen sind, auch unter Berücksichtigung der Situationsgebundenheit[1] ungleich besonders getroffen, da Interessensträger in wesentlich gleicher Lage ungleich behandelt werden.[2] Dem Eigentümer wird gegebenenfalls ein Sonderopfer auferlegt, weil er insoweit auf eine Nutzung des Luftraums und des Erdkörpers für eigene Zwecke verzichtet und Nachteile tragen muß.

Eine durch einen hoheitlichen Akt von den Grundstückseigentümern abverlangte Duldung der Benutzung ihrer Grundstücke durch Versorgungsunternehmen würde sich daher als Enteignung darstellen.

Es kann somit festgestellt werden, daß die Versorgungsunternehmen nicht unter Berufung auf Art. 14 Abs. II GG auf Grund der Sozialgebundenheit des Eigentums eine entschädigungslose Duldung der Überspannung und Unterkreuzung von Grundstücken verlangen können.

4. Die Duldungspflicht des Grundstückseigentümers nach § 905 Satz 2 BGB im Rahmen der Benutzung durch die Versorgungsunternehmen

Neben einer erlaubnisfreien und unentgeltlichen Benutzung von fremdem Grundeigentum auf Grund der Sozialgebundenheit des Eigentums gem. Art. 14 GG gibt es noch weitere gesetzliche Bestimmungen, die einen unmittelbaren Anspruch gewähren, fremden

---

1) BGHZ Band 23 S.30 f.

2) BGHZ Band 23 S.30

Grund und Boden zu benutzen, ohne daß es einer ausdrücklichen Genehmigung des Grundstückseigentümers oder Zahlung eines Entgelts für die Benutzung bedarf. Im folgenden wird untersucht, ob § 905 Satz BGB eine solche Bestimmung ist, die als Rechtsgrundlage für eine kostenlose und genehmigungsfreie Benutzung des Grundeigentums durch die Versorgungsunternehmen dienen kann. Nach § 905 Satz 1 BGB erstreckt sich das Recht des Eigentümers eines Grundstücks auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Erdoberfläche. Diese Bestimmung in Verbindung mit § 903 BGB gibt dem Eigentümer das Recht, mit seinem Grundeigentum innerhalb des bezeichneten Herrschaftsbereichs nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung darauf auszuschließen. Dieses Recht, das den Grundstückseigentümern grundsätzlich zusteht, gilt aber nicht schrankenlos. Nach § 905 Satz 2 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks "Einwirkungen nicht verbieten, die in solcher Höhe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat." Diese "Duldungspflicht" gilt sowohl für das Grundstückseigentum von Privatpersonen als auch von öffentlichrechtlichen Körperschaften, aber auch für das Eigentum an öffentlichen Sachen - Sachen im Gemeingebrauch - wie z.B. Straßen, Wege, Plätze usw.[1)]

Der Gesetzgeber[2)] hat die Aufnahme dieser Bestimmung in den Gesetzestext damit begründet, daß die Entwicklung des modernen Verkehrs eine immer weitergehende Benutzung des Raumes über und unter der Erdoberfläche für elektrische Leitungen, Tunnelbauten und dergleichen nötig mache. Der Eigentümer habe daher diejenigen Einwirkungen zu dulden, auf deren Beseitigung er nach Beschaffenheit und Entfernung von der Erdoberfläche des Grundstücks kein Interesse habe. Es müsse jedoch jedes Interesse mit Rücksicht auf die Bedeutung der Einwirkung für die Benutzung oder den Wert des Grundstücks Beachtung finden. Diese

---

1) Vgl. RGR-Kommentar zum BGB, 10 Aufl. Anm. 1 zu § 905, Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Anm. 10 zu § 905, BGH in NJW 1957 S.1397

2) Vgl. Protokoll zum BGB 3, 122 zu § 905

Rechtsauffassung des Gesetzgebers war lange Zeit grundlegend für die Rechtsprechung zu den hier interessierenden Fragen. Aus diesem Grunde stand einem Eigentümer kein Verbietungsrecht zu, wenn die Einwirkung in solcher Höhe vorgenommen wurde, daß überhaupt kein Interesse des Grundeigentümers dadurch berührt werden konnte.

Malzer[1] läßt als Verbietungsrecht jedes Liebhaberinteresse, das mit dem Eigentumsrecht zusammenhängt, genügen. Das OLG Celle[2] sah die bloße Möglichkeit, daß der Eigentümer unter Umständen irgendwann einmal durch die Einwirkung in der eigenen Nutzung gehindert werden könnte, als ausreichend an, wenn sie nach menschlichem Ermessen nicht außerhalb des Bereichs des Möglichen liegt; derselben Ansicht ist das OLG Hamburg[3], wenn es die Überspannung eines Hauses mit einer Lichtleitung in Höhe von 4 - 5 m untersagt, weil die Möglichkeit nicht auszuschließen sei, daß der Eigentümer sich einmal entschließen könnte, diesen Teil des Luftraumes selbst zu nutzen, z.B. durch Aufstellen eines Flaggenmastes. Das OLG Nürnberg[4] bejaht auch das Verbietungsrecht bei einer Überkreuzung eines Grundstücks mit einer elektrischen Starkstromleitung in Höhe von 7,50 m mit der Begründung, es sei immer die Möglichkeit vorhanden, daß der Draht reißen und Menschen und Tiere gefährden könne. Nach dieser Entscheidung würde jede Überspannung von Starkstromleitungen - gleich in welcher Höhe - am Verbietungsrecht des Eigentümers scheitern können. Diese Ausdehnung des Begriffs des schutzwürdigen Interesses ist jedoch zu weit. Der Interessenbegriff ist daher entsprechend der heutigen Eigentumsauffassung enger abgegrenzt worden.[5]

---

1) Vgl. Malzer, Beiträge zum Energierecht, S.234

2) Celle, OLGE 5/383

3) Hamburg, OLGE 10/107 f.

4) OLG Nürnberg, in EltWirtschaft 1931 S.209

5) "Der überbetonte Schutz der privaten Interessensphäre, die Berücksichtigung jedes beliebigen, rein subjektiven Interesses der Eigentümer ist nicht mehr berechtigt."
Bauer, Tragweite des § 905 BGB für Versorgungsleitungen, VEnergR Heft 5 S.36

Ein Ausschließungsrecht des Grundstückseigentümers ist beispielsweise in folgenden Fällen gerechtfertigt: bei der Behinderung in der Verlegung eigener Leitungen[1], bei der Beeinträchtigung der Festigkeit des Grundstücks[2], bei der Störung der Eigentumsnutzung im Hinblick auf eine spätere Verwendung des Grundstücks[3] als Bauplatz, bei der Personengefährdung bei Ausbesserungsarbeiten am Dachstuhl[4], bei der Überleitung eines Gebäudes in einer Höhe von einem Meter[5].

Grundsätzlich soll das Ausschließungsrecht jedem wirtschaftlichen oder sonstigen vernünftigen Interesse des Grundstückseigentümers dienen, das eine Beziehung zur Benutzung oder zum Wert des Grundstücks aufweist.[6] Außerdem sollen bei der Entscheidung über das Verbietungsrecht die allgemeinen Verkehrsanschauungen und die Ortsüblichkeit der Einwirkung nicht unberücksichtigt bleiben. Allgemein anerkannt ist auch, daß bei der Prüfung, ob ein Interesse des Eigentümers i.S. des § 905 Satz 2 BGB gegeben ist, auch die zukünftige Entwicklung zu beachten ist.[7]

Bei dieser Abgrenzung des Interessenbegriffs besteht nur wenig Raum dafür, die kostenlose und genehmigungsfreie Verlegung von Versorgungsleitungen auf § 905 Satz 2 BGB zu stützen, so daß die praktische Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei der Leitungsverlegung sehr eng begrenzt ist. Für die Grundstückseigentümer besteht jederzeit die Möglichkeit, wirtschaftliche oder sonstige vernünftige Interessen in Bezug auf das Grundstück nachzuweisen.

§ 905 Satz 2 BGB kann daher nicht als Rechtsgrundlage für eine kostenlose und genehmigungsfreie Inanspruchnahme des Grundeigentums für die Verlegung von Versorgungsleitungen dienen.[8]

---

1) RG in JW 1928 S.502
2) RG in WamRspr. 1913 Nr.419; München OLGE 26/20
3) Kassel OLGE 18/121
4) Celle OLGE 5/383
5) Celle OLGE 5/383
6) OLG Hamm in JW 1927 S.2533
7) BGH in NJW 1957 S.1397
8) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S.63 f.; Bauer, Tragweite des § 905 BGB für Versorgungsleitungen, S.37 f.; Malzer, Das Wegerecht für Energieleitungen, S.238

5. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen

Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen hat sich weder als eine Nutzungshandlung erwiesen, die von der Sozialgebundenheit des Eigentums erfaßt wird, noch braucht der Grundstückseigentümer gem. § 905 Satz 2 BGB eine Benutzung durch die Versorgungsunternehmen entschädigungslos zu dulden. In jüngster Zeit ist häufig die Forderung laut geworden, die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe unter den unentgeltlichen Gemeingebrauchsbegriff zu stellen.[1] Würde eine derartige Nutzung noch durch den Gemeingebrauch gedeckt, dann könnten die Gemeinden von den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben - jedenfalls nicht auf Grund ihres Eigentumsrechts - für die Benutzung kein Entgelt fordern. Eine ausführliche Behandlung des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen und die Abgrenzung des Gemeingebrauchs zur "sonstigen Nutzung" und zur Sondernutzung scheinen daher geboten zu sein.

a) Der Begriff des Gemeingebrauchs

Der Begriff "Gemeingebrauch" hat in die neueren Wegegesetze Eingang gefunden. In § 7 FStrG hat der Begriff des Gemeingebrauchs in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsentwicklung "seine bundesrechtliche Auslegung"[2] erfahren: "Der Gemeingebrauch der Bundesstraßen ist jedermann im Rahmen der Widmung und der verkehrsbehördlichen Vorschriften zum Verkehr gestattet." Die Länder haben den Wortlaut ihrer Bestimmungen über den Gemeingebrauch im Interesse der Rechtsgleichheit dem § 7 Abs. 1 FStrG angeglichen. So lautet z.B. § 14 nwStrG: "Der Gebrauch der Straßen ist jedermann im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zum Verkehr gestattet (Gemeingebrauch)." Die gesetzliche Regelung des Gemeingebrauchs in den übrigen Bundesländern ist fast gleichlautend[3].

---

1) Vgl. Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und Unternehmerinitiative, S.27; Schumacher, Die Bedeutung der Art. 85,86 EWG-Vertrag für die Deutsche Energiewirtschaft, in Heft 7/8 der Schriftenreihe des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn

2) BVerwG Urteil vom 14.3.1957 in DVerwBl. 1957 S.538

3) Vgl. § 8 berlStrG; § 16 hmbWeG; § 14 Abs. 1 ndsStrG; § 34 Abs. III rhpfStrG; § 20 Abs. 1 schlhStrG; § 1 brStrO; Art. 14 bayStrWeG

b) Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen

Aus diesen Legaldefinitionen des Gemeingebrauchbegriffs kann man entnehmen, daß die öffentlichen Wege dazu bestimmt sind, dem allgemeinen öffentlichen Verkehr zu dienen. Die Begriffsbestimmung gibt aber noch keinen Aufschluß darüber, was im einzelnen unter "Gebrauch der Straßen zum Verkehr im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften" verstanden werden soll.

In einigen Fällen kann die Widmung näheren Aufschluß über Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs geben, wenn ein Weg ausdrücklich als Reitweg, Fußweg oder Radweg gewidmet ist.

Soweit die Widmung keinen näheren Aufschluß über Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs gibt, muß man die Zweckbestimmung des öffentlichen Weges durch Auslegung der Worte "Gebrauch zum Verkehr" zu klären versuchen. Nach Petersen[1] besteht die Zweckbestimmung der öffentlichen Verkehrswege "in der Dienstpflicht für das Nutzungsinteresse der Gesamtheit" und äußert sich in der Übung der Benutzer und der Verwaltungsbehörde.[2] Sie ist nach der Art des Weges, nach seinem Zweck und manchmal nach Ort und Zeit verschieden. Diese Erklärung der Zweckbestimmung ist jedoch zu allgemein, um die Grenzen des Gemeingebrauchs abstecken zu können. Es scheint richtiger zu sein, zunächst von der Widmung der öffentlichen Wege - dem öffentlichen Verkehr zu dienen - auszugehen. Aus diesem Widmungszweck sind der Verkehrszweck und weitere Zweckbestimmungen der öffentlichen Wege zu entwickeln.

aa) Der Verkehrszweck der öffentlichen Wege

Die öffentlichen Wege haben dem öffentlichen Verkehr zu dienen. Nach der Legaldefinition des Wegeverkehrs in § 7 II 15 Allgemeines Preußisches Landrecht war der Verkehrszweck als Gemeingebrauch auf den freien Gebrauch der Land- und Heerstraßen zum Gehen, Fahren, Reiten und Fortbringen seiner Sachen beschränkt. Der Verkehrsbegriff erstreckte sich also nur auf den Bewegungsvorgang, während die "statische Funktion des Weges"[3], die

---

1) Petersen, Grundprinzipien, S.65 ff.
2) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S.47
3) Vgl. Petersen, Grundprinzipien, S.67

Benutzung zum Aufenthalt, unberücksichtigt blieb. Diese Lehre des beschränkten Widmungszwecks, der nur den spezifischen Straßenverkehr einschloß[1], wurde bald aufgegeben. Nach Ansicht von Otto Mayer fallen unter den Gemeingebrauch auch Nutzungshandlungen, "die vom Begriff des allgemeinen Verkehrs losgelöst sind"[2]. Vor allem aber vertritt Stammler die Meinung, daß der Verkehrszweck alles umfasse, "was sich zur Gesamtvorstellung des öffentlichen Verkehrs zusammenfüge"[3]. So hat der Verkehrszweck im Laufe der Zeit eine große Ausdehnung erfahren. Es sind über den spezifischen Zweck hinaus auch weitere Nutzungsarten, die das moderne Verkehrsleben hervorgebracht hat, als zulässige Gebrauchshandlungen anerkannt worden, soweit die Gesamtvorstellung des öffentlichen Verkehrs hierdurch nicht gestört wird.[4]

Das RG und auch der BGH haben in ihrer Rechtsprechung grundsätzlich festgestellt, daß der Umfang des Gemeingebrauchs nach Art und Ausdehnung von tatsächlich vorhandenen Umständen abhängig ist.[5]

Diese sachliche Erweiterung des Widmungszwecks ist schließlich dahingehend ausgedehnt worden, daß einer Nutzung in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit der Charakter der Gemeingebräuchlichkeit zuerkannt wird, falls das Gewerbe unmittelbar den Zwecken und Bedürfnissen des Verkehrs dient[6], jedoch mit der Einschränkung, daß eine derartige wirtschaftliche Nutzung sich im Rahmen der allgemein regelmäßigen Verkehrsgestaltung hält und nicht zu den sonstigen Zwecken der Straße in Widerspruch steht; außerdem muß sich die gewerbliche Tätigkeit aus der günstigen Lage des Anliegers zum öffentlichen Weg sozusagen als Ausfluß des Anliegerrechts ergeben. Dieses Anliegerrecht - auch Anliegergebrauch

---

1) Vgl. Petersen, Grundprinzipien, S.67 ff.; RG Gruch Band 54 S.918

2) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II 1924 S.79

3) Stammler, Das Recht des Gebrauchs öffentlicher Straßen, Gruch Band 70 S.129 ff., 141 und 151

4) Vgl. Stammler, Das Recht des Gebrauchs, Gruch Band 70 S.141, nennt als Beispiele das Anbringen von Balkonen, Wasserabflüssen, Girlanden und Fahnenschmuck

5) RG Gruch Band 36 S.682; Band 45 S.612; Band 52 S.701; BGH in MDR 1957 S.670 mit Anm. von Bettermann; RG Gruch Band 33 S.420

6) RGZ Band 123 S.187; Band 125 S.108; ebenso Stern, Problematik, in AöR Band 84 S.162

oder gesteigerter Gemeingebrauch genannt - hat nur das Hamburger Wegegesetz im § 17 herausgestellt[1]. Das Fernstraßengesetz und die übrigen Straßen- und Wegegesetze haben das Institut des Anliegergebrauchs gesetzlich nicht geregelt.

Das neue Wegerecht hat den Verkehrszweck auf den "fließenden und ruhenden Verkehr" beschränkt.[2] Damit wurde die bisherige Entwicklung des Verkehrszwecks der öffentlichen Wege wieder rückgängig gemacht. Diese einschränkende gesetzliche Neuregelung steht mit der tatsächlichen Handhabung des Gemeingebrauchs in Widerspruch und verlangt eine kritische Betrachtung, zumal einige Autoren[3] sich darauf berufen, daß die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe unter den erweiterten Gemeingebrauch fällt.

Es ist davon auszugehen, daß die öffentlichen Wege in der Hauptsache für den öffentlichen Verkehr bestimmt sind,[4] worunter eben nur aktuelle und potentielle Bewegungsvorgänge zu verstehen sind. Es ist aber zu bedenken, daß es neben der ausdrücklich genannten noch weitere im Wege der Auslegung gefundene Zweckbestimmungen des öffentlichen Weges gibt, die dem Gemeingebrauchsbegriff immanent sind, nämlich der Anbauzweck und der Wirtschaftszweck der öffentlichen Wege.

---

1) § 17 hmbWeG: "Der Anlieger darf die an seinem Grundstück angrenzenden Wegeteile über den Gemeingebrauch hinaus auch für Zwecke seines Grundstücks benutzen, soweit nicht diese Benutzung den Gemeingebrauch dauernd ausschließt oder erheblich beeinträchtigt."

2) Vgl. § 7 Abs. 1 FStrG; § 8 Abs. 2 berlStrG; Art. 14 Abs. 1 und 2 bayStrWeG; § 14 Abs. 1 ndsStrG; § 34 Abs. 2 rhpflStrG;

3) Vgl. Maunz, Verwaltung, S.288
Vgl. Theissig, Die Straßenbenutzungsverträge, in FischZ Band 37 S.1 ff.
Vgl. Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S.27
Vgl. Schumacher, Die Bedeutung der Art. 85, 86 EWG-Vertrag für die deutsche Energiewirtschaft
Vgl. Ullmann, Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen, in Gruch Band 56 S.250 ff.
Vgl. Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S.29

4) prOVG Band 63 S.302 (304)

bb) Der Anbauzweck der öffentlichen Wege

Der Anbauzweck der öffentlichen Wege beruht auf dem Verhältnis der anliegenden Grundstücke zum öffentlichen Weg. Die bebaute oder zur Bebauung bestimmte Straße hat nicht nur dem Verkehrszweck, sondern auch zugleich den Zwecken der Anlieger zu dienen[1]. Durch den Anliegerzweck soll dem Eigentümer eines an der Straße angrenzenden Grundstücks die Bebauung seines Grundstücks ermöglicht werden.[2] Dieser den Verkehr mit den anliegenden Grundflächen und Häusern vermittelnde Zweck ist gleicherweise ein Gemeingebrauch zugunsten der Anlieger. Der Anbauzweck ergibt sich ebenso unmittelbar aus dem Wesen der Straße wie der Verkehrszweck, er reicht nur graduell weiter als der anderen Benutzern der Straße zustehende Gemeingebrauch[3]. Seinem Wesen nach ist Anliegergebrauch nichts anderes als ein Gemeingebrauch schlechthin.[4] Wolff bezeichnet den Anliegergebrauch als ein unabweisbares erhöhtes Nutzungsbedürfnis öffentlicher Verkehrswege[5], das trotz des neuen Wegerechts als zulassungsfreies, unentgeltliches Anliegerrecht gewährt werden muß.[6] An diesem Anliegergebrauch ist daher auch nach Erlaß des neuen Wegerechts festzuhalten.

cc) Der Wirtschaftszweck der öffentlichen Wege

Außer dem Verkehrszweck und dem Anliegerzweck haben die öffentlichen Wege im Rahmen des Gemeingebrauchs - wenn auch nur in einem geringen Umfang - dem Wirtschaftszweck zu dienen. So hat das RG entschieden, daß einer Nutzung in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit der Charakter der Gemeingebräuchlichkeit zuerkannt wird, falls das Gewerbe unmittelbar den Zwecken und Bedürfnissen des Verkehrs dient.[7] Dieser Satz darf aber nicht verallgemeinert werden, sondern ist sehr eng auszulegen; insbesondere sind bei der Frage, ob eine Nutzungshandlung noch zum Gemeingebrauch zählt, die jeweiligen Straßenverhältnisse zu berücksichtigen. Zu Recht hat der BGH den etwas großzügig gehandhabten

---

1) prOVG Band 36 S.232
2) prOVG Band 48 S.112
3) prOVG Band 39 S.225
4) Vgl. BGHZ Band 22 S.395 (397)
5) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S.310
6) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 1963 S.339 § 58 III a
7) RGZ Band 123 S.187; Band 125 S.108 (113)

Wirtschaftszweck der öffentlichen Wege eingeschränkt, wenn er sagt,[1] daß der Gewerbebetrieb in einem festen Verkaufsstand auf einem öffentlichen Weg über den Gemeingebrauch hinausgeht. Diese Einschränkung des BGH ist berechtigt. Der Umfang des Wirtschaftszwecks auf den öffentlichen Wegen ist mit Rücksicht auf den immer stärker werdenden Verkehr gering zu halten. Aus diesem Grunde befürwortet auch Ganschezian-Fink[2] eine Einschränkung des Gemeingebrauchsbegriffs, und ebenso beschränkt Nedden[3] den Wirtschaftszweck der öffentlichen Wege nur noch auf den ambulanten Verkauf von Zeitungen und Zeitschriften.

Wenn die neuen Straßen- und Wegegesetze den Gemeingebrauch nur noch auf "aktuellen und potentiellen Verkehr"[4] beschränken, können der Anbau- und Wirtschaftszweck, dem die öffentlichen Wege nach Ansicht der Lehre und Rechtsprechung auch zu dienen haben, von Gesetzes wegen nicht mehr unter den Gemeingebrauch fallen.

M.E. sind Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen möglichst weit auszulegen, solange der fließende Verkehr bzw. der reine Verkehrszweck der öffentlichen Wege dadurch nicht behindert wird. Die Gefahr einer unübersehbaren Ausweitung des Gemeingebrauchsbegriffs ist nicht zu befürchten, da Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch die konkrete Widmung der Wege und durch die Verkehrsvorschriften begrenzt werden.

Außerdem werden Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs durch die Rechtsgrundsätze von der Gemeinverträglichkeit[5] und der Un-

---

1) BGH in NJW 1956 S.108, (113)
2) Vgl. Ganschezian-Fink, Straßeneigentum und Gemeingebrauch, in NJW 1957 S.285
3) Vgl. Nedden, Der Handel auf öffentlichen Straßen, in NJW 1956 S.81 ff.
4) de Weldige-Cremer, Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege, Diss. Münster 1960 S.26
5) Die Gemeinverträglichkeit (Ausdruck von Petersen, Grundprinzipien, S.74) der zum Gemeingebrauch gehörenden Nutzung besagt, daß das Recht des einzelnen auf Nutzung der öffentlichen Wege im Rahmen des Gemeingebrauchs seine Grenze findet in den gleichen Rechten der anderen Benutzer (RGZ in SeuffArch Band 42 S.11 ff.), wobei eine Beeinträchtigung eines anderen Benutzers für nur kurze Zeit und in unbedeutender Weise noch dem Gemeingebrauch zuzurechnen ist. Die Schranke der Gemeinverträglichkeit wird erst da überschritten, wo ein dauernder und derart umfangreicher Gebrauch von den Straßen und Wegen gemacht wird, so daß eine ernsthafte Beeinträchtigung oder gar der Ausschluß der übrigen Teilnehmer am Gemeingebrauch der Wege die Folge ist.

schädlichkeit[1] der zum Gemeingebrauch gehörenden Nutzung der öffentlichen Wege beschränkt. Es bleibt daher Lehre und Rechtsprechung überlassen, den Gesetzgeber im Sinne der oben dargelegten bisherigen Charakterisierung der Gemeingebrauchsarten so weit wie nötig zu korrigieren.[2]

6. Die "sonstige Nutzung" an öffentlichen Wegen[3]

Bevor untersucht wird, ob die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe noch unter den von der Rechtsprechung entwickelten Begriff eines erweiterten Verkehrszweckes fällt und damit als gemeingebräuchlich anerkannt werden kann, soll auf die "sonstige Nutzung" und die Sondernutzung der öffentlichen Wege eingegangen werden, um so eine rechtssystematische Einordnung der Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe unter die drei Nutzungsarten zu ermöglichen.

a) Begriff der "sonstigen Nutzung"[4]

Im Gegensatz zu den übrigen Nutzungsarten ist der Begriff der "sonstigen Nutzung" in den neuen Wegegesetzen nicht ausdrücklich definiert. Man kann den Gesetzen[5] aber folgende Begriffsbestimmung entnehmen:

---

1) Der Grundsatz der Unschädlichkeit ergänzt den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit. Nur insoweit werden einzelne Teilnahmehandlungen dem Gemeingebrauch zugerechnet, als sie für den Bestand der öffentlichen Wege unschädlich sind (vgl. Schmidt, Die Grundbegriffe des Wegerechts, in FiZtschrift Band 47 S.1).

2) Krüger, Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 1956 S.552, weist darauf hin, daß die Rechtsprechung grundsätzlich der rechtlichen Bezeichnung und Gestaltung durch den Gesetzgeber zu folgen habe, es sei denn, daß die Qualifikation der Natur der Sache handgreiflich widerspreche; dieser letztere Fall liegt m.E. bei der Beschränkung des Gemeingebrauchs auf den reinen Verkehrszweck vor.

3) Systematisch wird die "sonstige Nutzung" zwar nach der "Sondernutzung" eingeordnet. Für die vorliegende Untersuchung erscheint es aber zweckmäßiger, die "sonstige Nutzung" voranzustellen.

4) u. 5) § 23 nwStrG; § 8 Abs. 10 FStrG; Art. 22 bayStrWeG § 45 rhpfStrG; § 28 schlhStrG; § 20 heStrG; § 23 ndsStrG

"'Sonstige Nutzung' ist der über den Gemeingebrauch hinausgehende, ihn aber nicht oder nur für kurze Zeit beeinträchtigende Gebrauch der öffentlichen Wege auf Grund privatrechtlicher Vereinbarung."

b) Inhalt und Umfang der "sonstigen Nutzung"

Nach dem Wortlaut der neuen Wegegesetze geht die "sonstige Nutzung" über den Gemeingebrauch hinaus. Die "sonstige Nutzung" wird einmal abgegrenzt durch den Gemeingebrauch zum anderen durch die Sondernutzung. Die Grenze zur Sondernutzung liegt da, wo der Gemeingebrauch beeinträchtigt wird. Der Gemeingebrauch wird in der Regel dann nicht beeinträchtigt, wenn die Straßenbenutzung außerhalb des Verkehrsraumes stattfindet[1]. Inhalt und Umfang der "sonstigen Nutzung" sind bei einer Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen z.T. erweitert worden. Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen fällt auch dann noch unter die "sonstige Nutzung", wenn der Gemeingebrauch vorübergehend beeinträchtigt wird.

Systematisch ist die "sonstige Nutzung" unter die Sondernutzung einzuordnen. Dies ergibt sich u.a. aus der Tatsache, daß im Bundesfernstraßengesetz die "sonstige Nutzung" innerhalb der Bestimmung über die Sondernutzung - § 8 FStrG - aufgeführt wird. Es ist aber verfehlt - wie es Schack vorschlägt[2] - den § 8 Abs. 10 FStrG in Zusammenhang mit § 8 Abs. 1 FStrG auszulegen und die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen nicht mehr in das bürgerliche Recht zu verlegen, sondern in das öffentliche Recht. Eine solche Regelung würde dem Wortlaut des Gesetzes und dem Willen des Gesetzgebers widersprechen.[3] Ganz eindeutig kann man den neuen Wegegesetzen entnehmen, daß die den Gemeingebrauch nicht oder nur vorübergehend beeinträchtigende

---

1) Vgl. Ramforth, Landesstraßengesetz Nordrhein-Westfalen, § 23 Anm. 4 S.89

2) Vgl. Schack, Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Wegerecht, in VerwArch 1963 S.67

3) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S.338

"sonstige Nutzung" sich nach bürgerlichem Recht richtet, während die den Gemeingebrauch dauernd beeinträchtigende Sondernutzung dem öffentlichen Recht unterliegt.[1)]

Diese Regelung beseitigt die gerade auf diesem Gebiet bisher bestehenden Unklarheiten hinsichtlich der rechtlichen Natur solcher Nutzungen und schafft eine klare Trennung zwischen öffentlich-rechtlicher Nutzungserlaubnis und bürgerlichrechtlichen Nutzungsverträgen[2)]. Eine Ausnahme bildet nur das Hamburger Wegegesetz, das zwischen Gemeingebrauch, Anliegergebrauch und Sondernutzung unterscheidet und alle Nutzungshandlungen ins öffentliche Recht verlegt. Der Unterschied des neuen Wegerechts zum bisherigen besteht darin, daß das neue Wegerecht eine öffentlichrechtliche und eine privatrechtliche Sondernutzung kennt, während bisher die Sondernutzung nach der Intensität der Nutzungsarten in schlichten und gesteigerten Sondergebrauch unterteilt wurde.

7. Die Sondernutzung an öffentlichen Wegen

Will jemand die öffentlichen Wege über den Gemeingebrauch und über die "sonstige Nutzung" hinaus benutzen, so ist hierfür eine besondere öffentlichrechtliche Erlaubnis erforderlich. Früher wurde diese Erlaubnis je nach Intensität der Inanspruchnahme der öffentlichen Sache entweder als Gebrauchserlaubnis oder als Nutzungsverleihung[3)] erteilt.

---

1) Für die Richtigkeit dieser Auslegung der einschlägigen Gesetze sprechen außer dem klaren Wortlaut der Gesetze die amtliche Begründung zum FStrG (auszugsweise abgedruckt bei Schack, VerwArch 1963 S.60), die überwiegende Ansicht der Literatur (Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 8 Anm. 1, 11; Eiser-Riederer, Energiewirtschaft, V 14, 15; Spanner, Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, S.23; Bauer, Tragweite des § 905 BGB für die Verlegung von Versorgungsleitungen, VEnergR Band 5 S.42; Zippelius, Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das Bayerische Straßen- und Wegegesetz, DÖV 1958 S.838) sowie die einhellige Rechtsprechung (BGHZ Band 37 S.353 = NJW 1962 S.1817 sowie die bei Schack, NJW 1963 S.1905, in Anm. 4 a zitierten LVG- und OVG-Urteile)

2) Vgl. Fritsch/Golz, Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, § 18 Anm. 1 S.98

3) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.344; Wolff, Verwaltungsrecht, § 59 I und II

Das neue Wegerecht kennt nur noch e i n e erlaubnispflichtige, öffentlichrechtliche Sondernutzung, da es die frühere öffentlichrechtliche Nutzungsverleihung aufgegeben hat.

a) Begriff der Sondernutzung

Der Begriff der Sondernutzung wird in den neuen Wege- und Straßengesetzen[1] wie folgt umschrieben:

Sondernutzung ist "der Gebrauch der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus".

Aus dieser Begriffsbestimmung kann man nur entnehmen, daß es sich bei der Sondernutzung um den Gebrauch der Straßen handelt, der über Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs hinausgeht. Näheren Aufschluß über den Begriff der Sondernutzung gibt das Hamburger Wegegesetz. Es definiert in § 19 die Sondernutzung als die Benutzung des öffentlichen Weges, die dessen Gebrauch durch andere dauernd ausschließt, in die Wegekörper eingreift oder über die Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr oder den Anliegerverkehr hinausgeht.

b) Inhalt und Umfang der Sondernutzung an öffentlichen Wegen

Nach der wörtlichen Auslegung der neuen Straßen- und Wegegesetze - mit Ausnahme des Hamburger Wegegesetzes - umfaßt der Begriff der Sondernutzung den früheren gesteigerten Gemeingebrauch, den schlichten Sondergebrauch und den gesteigerten Sondergebrauch.[2]

Zwei Wesensmerkmale enthält die Sondernutzung: einmal liegt sie außerhalb des Gemeingebrauchs, zum anderen beeinträchtigt sie ihn notwendigerweise[3]. Als Beeinträchtigung ist dabei jede dauernde oder zeitweilige Einschränkung des Gemeingebrauchs in seinen Formen der Verkehrs-, Anbau- oder Wirtschaftsbenutzung der öffentlichen Wege zu verstehen.[4]

---

1) Vgl. § 8 Abs. 1 FStrG; Art. 18 bayStrG; § 10 berlStrG; § 2 breStrG; § 18 nwStrG; § 18 ndsStrG; § 19 hmbWeG; § 41 rhpfLStrG; § 16 heStrG; § 21 schlhStrWeG;

2) Vgl. Fritsch/Golz, Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, § 18 Anm. 1

3) Vgl. BVerWG in NJW 1957 S.963; Kodal, Der gesteigerte Gemeingebrauch in den neuen Straßengesetzen, in DÖV 1960 S.444

4) Vgl. BGHZ Band 21 S.219 (330) "Jeder Sondergebrauch beeinträchtigt den Gemeingebrauch in einem gewissen Grade."

Welche Benutzungsarten im einzelnen dem Sondergebrauch zugerechnet werden müssen, hängt von der sachgerechten Auslegung des gesetzlichen Gemeingebrauchsbegriffs ab, weil alle über dessen Inhalt und Umfang hinausgehenden Nutzungen nach dem Wortlaut des Gesetzes zum Sondergebrauch gehören sollen. Beschränkt man den Gemeingebrauch nur auf die Verkehrsnutzung d.h. auf die aktuellen und potentiellen Bewegungsvorgänge, so ist der Kreis der Sondernutzungen wesentlich weiter zu ziehen, als wenn die dem Anbau- oder Wirtschaftszweck zugehörigen Benutzungsarten auch dem Gemeingebrauchsbegriff zugerechnet werden.[1)]

Es ist also nicht jede über den Verkehrsgebrauch hinausgehende Nutzung der öffentlichen Verkehrswege eine öffentlichrechtliche Sondernutzung; vielmehr bleibt der Begriff der Sondernutzung auf solche Sondernutzungsarten beschränkt, die eine d a u e r n d e Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs verursachen.

8. Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und die Verkehrsbetriebe

Nach der Erörterung über die an öffentlichen Wegen möglichen Nutzungsarten kann die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe rechtssystematisch unter die drei möglichen Benutzungsarten der öffentlichen Wege eingeordnet werden. Da die Inanspruchnahme der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe ungleich intensiv ist, werden die Benutzung der öffentlichen Wege durch die V e r s o r g u n g s u n t e r n e h m e n und die Benutzung der öffentlichen Wege durch die V e r k e h r s b e t r i e b e bei der Einordnung unter die betreffende Nutzungsart gesondert behandelt.

a) Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe im Hinblick auf den Gemeingebrauch

a') Die Benutzung durch die Versorgungsunternehmen

Die Energie- und Wasserversorgungsunternehmen benutzen die öffentlichen Wege, indem sie Kabel, Gas- und Wasserrohre in das Erdreich

---

1) In diesem Sinne umschreibt auch Wolff, Verwaltungsrecht § 59 II 2, die Sondernutzung als "jede den Gemeingebrauch und den Anliegergebrauch überschreitende vorübergehende Benutzung der öffentlichen Straßen".

verlegen, Kanaldeckel in die Straßendecke einbauen, Schaltkästen, Transformatoren und Masten an den Straßenrändern oder Straßenböschungen aufstellen und über die Masten Freileitungen führen. Bei der Abgrenzung von Inhalt und Umfang des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen wurde festgestellt, daß der Gemeingebrauch in der Hauptsache den Verkehrszweck, in geringem Umfang aber auch den Anbau- und Wirtschaftszweck an öffentlichen Wegen umfaßt.

Die Verlegung von Versorgungsleitungen unterhalb und oberhalb der Erdoberfläche könnte unter den Wirtschafts- oder Anbauzweck fallen. In diesem Sinne sehen Maunz[1], Theissig[2], Schumacher[3] und Ullmann[4] die Wegebenutzung durch die Versorgungsunternehmen lediglich als eine besondere Erscheinungsform des Gemeingebrauchs an. Nach Ullmann entspricht die Nutzbarmachung des öffentlichen Weges für die Verlegung von Kabeln, Rohren und Leitungen usw. lediglich einem gegenwärtig üblich gewordenen Gemeingebrauch. Auch nach der Meinung von Köttgen[5] haben sich das öffentliche Wegerecht und damit der Gemeingebrauch "in der Zeit und mit der Zeit gewandelt". "Die Zeiten, in denen die Wege nach ihrer Zweckbestimmung ausschließlich Verkehrsbedürfnissen dienten, sind vorüber. Der moderne Weg ist, was die Verwaltungspraxis laufend bestätigt, ein Mehrzweckinstitut. Zu den Zwecken, denen er gewidmet ist, gehört jedenfalls auch die Aufnahme von Versorgungsleitungen, die demnach nicht nur ein privatrechtliches Akzidenz des öffentlichen Weges sind. Wer trotzdem die öffentliche Zweckbindung auf den Gemeingebrauch und damit im Ergebnis auf die Verkehrsbedürfnisse beschränkt, verleugnet einen tiefgreifenden Wandel des Wegewesens."[5] Diesen Wandel

---

1) Vgl. Maunz, Verwaltung, S.288

2) Vgl. Theissig, Die Straßenbenutzungsverträge, in FischZ Band 37 S.1 ff.

3) Vgl. Schumacher, Die Bedeutung der Artikel 85,86 EWG-Vertrag für die deutsche Energiewirtschaft

4) Vgl. Ullmann, Straßenbenutzungsverträge zwischen Kleinbahnunternehmern und Wegeunterhaltungspflichtigen, in Gruch Band 56 S. 250 ff.

5) Vgl. Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S.29

6) Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge, S.28

im Wegerecht nimmt auch Schumacher[1] zum Anlaß, das Institut des Gemeingebrauchs, bei dessen Entwicklung man nur an den Verkehr gedacht habe, auf andere Benutzungsformen auszudehnen. Die Straße diene heute auch dazu, Gas, Wasser und Strom zu den Einwohnern zu transportieren, Nachrichtenverbindungen zwischen den Einwohnern zu ermöglichen und Abwässer abzuleiten.

Der Versuch einer solchen Ausweitung des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen kann zu keinem Erfolg führen, da eine solche Benutzungsart sowohl begrifflich als auch nach Inhalt und Umfang nicht als gemeingebräuchlich gelten kann.

Bei der Definition des Gemeingebrauchsbegriffs wurde herausgestellt, daß die Gemeingebrauchsbefugnis jedermann in gleicher Weise zustehen muß. Darf eine öffentliche Sache aber nur in einer bestimmten Art und Weise und nur von einem begrenzten Personenkreis oder sogar nur von einem Rechtssubjekt benutzt werden, so kann diese Handlung nicht mehr von dem Gemeingebrauch gedeckt werden. Außerdem darf der öffentliche Weg innerhalb des Gemeingebrauchs nur vorübergehend benutzt werden, da sonst andere Personen in ihrem Gemeingebrauch beeinflußt werden. Es trifft zwar zu, daß die v e r l e g t e n Erdkabel, Wasser- und Gasrohre den Gemeingebrauch der anderen Benutzer öffentlicher Wege nicht beeinträchtigen, der Gemeingebrauch umfaßt aber nur solche Nutzungsarten, die mit dem baulichen Zustand der Straße verträglich sind und diesen nicht nachträglich beeinflussen.[2] Die Errichtung von Masten, Schaltkästen und Transformatoren, die Leitungsführung und das Verlegen von Rohrleitungen und Kabeln im Erdinnern sind Nutzungshandlungen, die dem Gemeingebrauchsberechtigten nicht zustehen, zumal derartige Vorrichtungen umfangreiche Aus- und Eingrabungen erfordern, die die Festigkeit der Straßendecke erheblich vermindern und dadurch eine außerordentlich nachteilige Einwirkung auf den baulichen Bestand des öffentlichen Weges auslösen können. Ein derartiger Eingriff in die Substanz der öffentlichen Wege verträgt sich aber nicht mit den Befugnissen, die der Gemeingebrauch dem Einzelnen zugesteht.[3]

---

1) Vgl. Schumacher, Die Bedeutung der Art. 85, 86 EWG-Vertrag für die deutsche Energiewirtschaft
2) Vgl. OVG in JW 1932 S.1518
3) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S.55; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, V 14 mit weiteren Nachweisen, Marschall, Bundesfernstraßengesetz, 1954 S.133 und 152

Würde man den Gemeingebrauchsbegriff ändern und die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen zur Verlegung von Versorgungsleitungen zum Gemeingebrauch zählen, dann können die Gemeinden und Gemeindeverbände nicht mehr e i n e m Versorgungsunternehmen das ausschließliche Wegenutzungsrecht für die Versorgung ihrer Bevölkerung mit Strom, Gas und Wasser gewähren, sondern jedes Versorgungsunternehmen könnte die öffentlichen Wege für die Verlegung von Versorgungsleitungen ohne besondere Erlaubnis benutzen. Damit würde aber die Grundlage der öffentlichen Versorgung mit Strom, Gas, Wasser und Wärme, die aus Rentabilitätsgründen i.d.R. auf dem ausschließlichen Benutzungsrecht der öffentlichen Wege für die Verlegung von Versorgungsleitungen beruht, in Frage gestellt.[1)]

Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsbetriebe für die Verlegung von Versorgungsleitungen läßt sich nicht unter die Gemeingebrauchshandlungen einordnen. Weder der Verkehrszweck oder Anbauzweck noch der Wirtschaftszweck der öffentlichen Weg lassen es zu, die Benutzung der öffentlichen Wege für die Verlegung von Versorgungsleitungen und die Errichtung von Versorgungsanlagen als Gemeingebrauchshandlung aufzufassen.[2)]

b`) Die Benutzung durch die Verkehrsbetriebe

Man könnte nun geneigt sein, die Benutzung der öffentlichen Wege durch Verkehrsbetriebe grundsätzlich als Gemeingebrauchshandlung aufzufassen, da die öffentlichen Wege vornehmlich dem Verkehr zu dienen bestimmt sind.

Vor allem Ullmann[3)] hat sich eingehend mit der Frage einer sach- und zeitgemäßen Erweiterung des Gemeingebrauchs an öffentlichen Wegen, besonders im Hinblick auf das Kleinbahngesetz vom 28.7. 1892[4)], befaßt. In Anbetracht der fortschreitenden Verkehrsentwicklung hält er das Einlegen von Schienen und deren Befahren als mit dem Gemeingebrauch vereinbar, da infolge der gestiegenen

---

1) Vgl.Treibert, Die Landkreise als Empfänger von Konzessionsabgaben in der jetzigen Lage, S.4

2) Vgl. Anm. 3 S.60

3) Vgl. Ullmann, Straßenbenutzungsverträge, in Gruch Band 56 S.250 ff.

4) GS 1892 S.225

Anforderungen an die Bewältigung des Verkehrs eine derartige Inanspruchnahme des öffentlichen Weges als durchaus gewöhnliche Benutzung erscheine. Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden. Man kann nicht verallgemeinern, daß auf Grund der heutigen Verkehrsverhältnisse jeglicher Verkehr auf den öffentlichen Wegen unter den Gemeingebrauch fällt.

Bei der Benutzung der öffentlichen Wege muß man unterscheiden zwischen der Verkehrsart und den Verkehrsanlagen. Bei der Verkehrsart muß man wiederum differenzieren zwischen der Benutzung der öffentlichen Wege durch Omnibusse, Oberleitungsbusse, Straßenbahnen und Kleinbahnen.

Geht man davon aus, daß die Straßen dazu bestimmt sind, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, und versteht man unter Verkehr alle aktuellen und potentiellen Bewegungsvorgänge, so muß man den Omnibuslinienverkehr als Form der Ausübung des Gemeingebrauchs ansehen.[1] Bei dem Befahren der öffentlichen Wege mit Linienbussen werden die öffentlichen Wege in gleichem Maße in Anspruch genommen wie bei dem Befahren mit Lastkraftwagen. Das Befahren der öffentlichen Wege mit Lastkraftwagen liegt aber zweifelsfrei - soweit die Straßen hierfür zugelassen sind - im Rahmen des Verkehrszwecks der öffentlichen Wege und damit im Rahmen des Gemeingebrauchs.

Anders verhält es sich mit der Benutzung der öffentlichen Wege durch Oberleitungsbusse, Straßenbahnen und Kleinbahnen. Diese Verkehrsmittel sind bei der Benutzung der öffentlichen Wege an Oberleitungen oder Schienen gebunden. Sie behindern durch ihre starre Bindung an die Oberleitungen bzw. Schienen die anderen Benutzer der öffentlichen Wege in der Ausübung des Gemeingebrauchs. Diese Behinderung wird in besonderem Maße deutlich bei Haltestellen, wenn die Verkehrsmittel zum Zwecke des Ein- und Aussteigens der Fahrgäste längere Zeit auf der Fahrbahn stehen.[2] Oberleitungsbusse, Straßen-

---

1) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 7 Anm. 6; Kodal, Straßenrecht, S.463; Zimniok, Bayrisches Straßen- und Wegegesetz, S.55; Peters/Salzwedel, Die Kostenverteilung zwischen Straßenbaulastträgern und öffentlichen Verkehrsunternehmern, S.49; BGH in MDR 1958 S.502; WüBa VGH in StAnz WüBa Nr.79 1950

2) Durch Omnibusse ist die Behinderung in diesen Fällen nicht so schwerwiegend, da diese entweder in Haltestellenbuchten oder nah an den Bürgersteig fahren können, während die Straßenbahnen an die Gleise gebunden sind, die immer soweit zur Straßenmitte verlegt sind, daß ein Pkw, mindestens aber ein Radfahrer zwischen Straßenbahn und Bürgersteig fahren kann. Nach Art. 14 Abs. 3 des Gesetzes zur Änderung des bayStrWeG (GVBl. 1960 s.298) ist das Anhalten von Omnibussen im Linienverkehr stets als Gemeingebrauch zu behandeln.

bahnen und Kleinbahnen bewegen sich sowohl hinsichtlich der durchgehend straßenverbundenen Beförderungsanlagen wie hinsichtlich ihrer Betriebsweise außerhalb des Gemeingebrauchs.[1)]

Während bezüglich der Benutzung der öffentlichen Wege durch Omnibusse, Oberleitungsbusse, Straßenbahnen und Kleinbahnen keine wesentlichen Meinungsverschiedenheiten bestehen, gehen die Meinungen bei der Inanspruchnahme der öffentlichen Wege für die Verlegung und Errichtung von Verkehrsanlagen auseinander. Unter Verkehrsanlagen sind Schienen für Straßenbahnen und Kleinbahnen, Oberleitungen für Straßenbahnen und Oberleitungsbusse, Haltestellenbuchten, Haltestellenzeichen, Fahrtrichtungs- und Fahrplantafeln und dgl. zu verstehen.

Einigkeit besteht insofern, als man die Verlegung von Schienen in die Straßenkörper und die Anbringung der Oberleitungen nicht mehr zum Gemeingebrauch zählt. Schienen und Oberleitungen werden allgemein als Anlagen wegefremder Natur bezeichnet[2)], die mit der Gemeinverträglichkeit nicht in Einklang stehen.[3)] Bei dem Verkehrszweck, dem die Straßen zu dienen haben, handelt es sich stets um die Fortbewegung von Personen oder Sachen, oder aber um solche "Vorgänge, die sich unmittelbar an die Fortbewegung anschließen"[4)]. Bei den Schienen und Oberleitungen handelt es sich aber weder um Fortbewegung von Personen oder Sachen noch um Vorgänge, die sich unmittelbar an die Fortbewegung anschließen. Das Aufstellen von Haltestellenzeichen, Fahrplan- und Fahrtrichtungstafeln wird von Hammes[5)] als Gemeingebrauchshandlung angesehen, während Peters und Salzwedel[6)] das Aufstellen solcher Schilder und Tafeln als über den Gemeingebrauch hinausgehende Handlung bezeichnen. M.E. ist es wohl richtiger, das Aufstellen von Haltestellenzeichen, Fahrtrichtungs- und Fahrplantafeln als nicht mehr

---

1) Vgl. Peters/Salzwedel, Kostenverteilung, S.49

2) Vgl. Lassar, Grundbegriffe, S.43

3) Vgl. Petersen, Grundprinzipien, S.74 ff.

4) Perschke, Die Benutzung öffentlicher Wege, Sp. 163

5) Hammes, Der Gemeingebrauch an städtischen Straßen, DVBl. 1950 S. 103

6) Vgl. Peters/Salzwedel, Kostenverteilung, S. 49; ebenso Zimniok, S.55

zum Gemeingebrauch gehörig anzusehen, da diese Schilder auf dem für die Fußgänger bestimmten Teil der Bürgersteige aufgestellt sind. Die Fußgänger werden durch sie d a u e r n d in der Ausübung des Gemeingebrauchs behindert. Das Aufstellen der Schilder zum Gemeingebrauch zu zählen, würde bedeuten, daß jeder auf den Bürgersteigen nach seinem Gutdünken Schilder aufstellen dürfte. Das wäre aber untragbar.

Die Benutzung der Haltestellenbuchten wird wieder zum Gemeingebrauch gerechnet, weil die Haltestellenbuchten dem ruhenden Verkehr und damit dem Verkehrszweck der öffentlichen Wege zu dienen bestimmt sind.[1)]

Zum Gemeingebrauch werden auch diejenigen Anlagen gezählt, die für die laufende Instandhaltung, Beleuchtung, Säuberung und Gewährleistung der Verkehrssicherheit benötigt werden. Sie dienen unmittelbar den öffentlichen Verkehrsinteressen, insbesondere der Ordnung, Leichtigkeit und Sicherheit des Verkehrs und stehen in so enger Beziehung zu den Aufgaben, denen der öffentliche Verkehr zu genügen hat, daß die Duldungspflicht des Eigentümers infolge der Widmung für den öffentlichen Verkehr sich auch auf diese Einwirkungen erstreckt.[2)] Von diesen Ausnahmen abgesehen ist jedoch die Benutzung des öffentlichen Weges für Zwecke der Verlegung und Errichtung von Verkehrsanlagen verschiedenster Art als eine über die Grenzen des Gemeingebrauchs hinausgehende Inanspruchnahme des Wegegeländes anzusehen.[3)]

Abschließend kann festgestellt werden, daß selbst bei weiter Auslegung des Gemeingebrauchsbegriffs unter Einbeziehung des Anlieger-, Wirtschafts- und Verkehrszwecks die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe, abgesehen von einigen Ausnahmen, keine Gemeingebrauchshandlung darstellt.

---

1) Vgl. Böhm, Kostenlast bei Haltestellenbuchten an öffentlichen Straßen, DVBl. 1959 S.616; Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 7 Anm. 6; Kodal, Straßenrecht, S.452; wüba VGH in wüba StAnz. 1950 Nr.79 S.2; Art. 14 Abs. 3 ÄndG zum bayStrWG bestimmt ausdrücklich: "Das Anhalten von Omnibussen im Linienverkehr gilt jedoch stets als Gemeingebrauch." Vgl. auch § 8 Abs. 5, 2. Halbsatz FStrG.

2) RG in JW 1928 S.52; Müller, Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S.44; Stern, Zur Problematik, in AöR Band 84 S.162

3) RG in ständiger RSpr. Band 42 S.208; RG Band 88 S.14

Der in der Diskussion um die KA oft vorgebrachte Einwand, daß die grundsätzliche Unentgeltlichkeit des Gemeingebrauchs einer KA-Forderung entgegensteht, ist daher unbegründet; jedoch kann mit dieser Feststellung noch kein abschließendes Urteil über die Berechtigung einer KA-Forderung ausgesprochen werden.

b) Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe im Hinblick auf die "sonstige Nutzung"

Bei der Abgrenzung des Begriffs "sonstige Nutzung" wurde herausgestellt, daß die "sonstige Nutzung" jeden über den Gemeingebrauch hinausgehenden, ihn aber nicht oder - in Fällen der Inanspruchnahme für Zwecke der öffentlichen Versorgung - nur vorübergehend beeinträchtigenden Gebrauch der öffentlichen Wege umfaßt.

a´) Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen

Die Versorgungsunternehmen verlegen oberhalb der Erdoberfläche Freileitungen und unterhalb Kabel, Gas- und Wasserrohre sowie Wärmeschächte. Die Verlegung dieser Rohre und Leitungen geht über den Rahmen des Gemeingebrauchs hinaus.[1)]

Der Verkehr auf den Straßen und Bürgersteigen geht aber unbehindert weiter. Die unterhalb der Erdoberfläche verlegten Rohre und Leitungen behindern niemanden in der Ausübung von Gemeingebrauchshandlungen, es sei denn, daß Reparaturarbeiten an schadhaften Rohren oder Leitungen ein Aufreißen der Straßen und Bürgersteige erforderlich machen. Aber auch diese Aufbrüche der Straßen und Bürgersteige zum Zwecke der Ausbesserung von Leitungen und Rohren und sogar zum Zwecke der Neuverlegung von Leitungen und Rohren fällt unter den Begriff der "sonstigen Nutzung".[2)] Die neuen Wegegesetze[3)] bestimmen ausdrücklich, daß "eine vorübergehende Beeinträchtigung für Zwecke der öffentlichen Versorgung einschließlich der Abwasserbeseitigung" noch unter den Begriff der "sonstigen Nutzung" fällt.

---

1) Vgl. S.45 ff.
2) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S.338, S.335 Fritsch-Golz, Straßengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen, § 23 Anm.3; Fischerhoff, Öffentliche Versorgung, in DÖV 1957 S.309 ff.
3) Vgl. § 8 Abs. 10 FStrG; § 23 nwStrG; Art. 23 bayStrWeG; § 23 ndsStrG

Anderer Ansicht ist Schack.[1] Er zählt nur die vorübergehende Verlegung von Versorgungsleitungen mit geringen Ausmaßen zur "sonstigen Nutzung". Seinen Zweifel an der Anwendbarkeit der Bestimmungen über die "sonstige Nutzung" auf die unterirdischen Fernleitungen begründet er damit, daß eine "tiefere und anhaltende Benutzung des öffentlichen Weges infolge ihrer Auswirkungen durchaus geeignet" sei, "den Gemeingebrauch zu beeinträchtigen"[2].

Schacks Auffassung ist darauf zurückzuführen, daß seine Begriffsvorstellung des Gemeingebrauchs von der des Gesetzgebers abweicht. Für ihn besteht eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs nicht nur in der Beeinträchtigung des jedermann gestatteten Gebrauchs der Straße zum Verkehr, sondern er verlangt bereits dann eine öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis, wenn durch die Benutzung der Straße das öffentliche Interesse berührt wird. Diese Auslegung findet jedoch im Gesetz keine Stütze. Für die Anwendbarkeit des § 8 Nr. 10 FStrG und der entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen, auf Grund dessen die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen privatrechtlich zu regeln ist, ist nicht entscheidend, ob das öffentliche Interesse an der Straße durch die Benutzung berührt werden kann; maßgebend für die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist vielmehr, ob der jedermann gestattete Gebrauch der Straßen zum Verkehr tatsächlich dauernd beeinträchtigt wird[3] oder die Benutzung gemeinverträglich ist.[4]

Daraus kann man entnehmen, daß diejenigen Versorgungsleitungen und Versorgungsanlagen, die den Gemeingebrauch der öffentlichen Wege dauernd beeinträchtigen, nicht mehr unter den Begriff der "sonstigen Nutzung" fallen. Als solche Versorgungsanlagen, die den Gemeingebrauch dauernd beeinträchtigen, sind die Errichtung von Masten auf dem Straßengrund und das Aufstellen von Schaltkästen und Transformatoren auf den Bürgersteig anzusehen.

---

1) Vgl. Schack, Wegerecht, S. 63 ff.
4) Schack, Wegerecht, S. 64 ff.
3) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 8 Anm. 1, 11; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, V 14, 15; Spanner, Grenzfragen zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht im Wegerecht, S. 13
4) Vgl. Riederer-Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Art. 22 Anm. 2, 10, Art. 18 Anm. 16

Die Errichtung von Leitungsmasten auf Straßenböschungen fällt m.E. wieder unter die "sonstige Nutzung". Die Errichtung geht zwar über den Gemeingebrauch hinaus, sie beeinträchtigt ihn aber nicht, da die Böschungen nicht zum Gehen oder Befahren bestimmt sind.

b') Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe

Bei der Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe ist zu unterscheiden zwischen der Benutzung durch Omnibusse, Oberleitungsbusse und Straßenbahnen und Kleinbahnen und dem Aufstellen von Haltestellenzeichen und Fahrplan- und Fahrtrichtungstafeln. Die Benutzung der öffentlichen Wege durch Omnibusse gehört, wie bereits nachgewiesen wurde, zu Gebrauchshandlungen im Rahmen des Gemeingebrauchs. Die Oberleitungsbusse benötigen zum Fahren Strom, den sie durch ein Oberleitungsnetz erhalten. Die Straßenbahnen und die Kleinbahnen benötigen Schienen, die in die Straßendecke eingelegt werden müssen. Die Oberleitungen und die Schienen stellen wegefremde Anlagen dar, die den Gemeingebrauch der anderen behindern.[1] Da die Beeinträchtigung nicht für kurze Zeit, sondern dauernd wirkt, fällt die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe nicht mehr unter den Begriff der "sonstigen Nutzung". Das gleiche gilt für das Aufstellen von Haltestellenzeichen und das Anbringen von Fahrtrichtungs- und Fahrplantafeln. Auch diese Benutzungsarten fallen nicht mehr unter den Begriff der "sonstigen Nutzung".

Das Rechtsinstitut der "sonstigen Nutzung" enthält ausdrücklich ein Entgegenkommen gegenüber den Unternehmen der öffentlichen Versorgung.[2] Zwischen ihnen und den Gemeinden werden die Verträge über die Benutzung des Straßeneigentums in privatrechtlicher Form geschlossen, da durch die Benutzung der Gemeingebrauch der Straße nicht beeinträchtigt wird.[3] Es bedarf also keiner öffentlichrechtlichen Regelung für die Verlegung von Versorgungsleitungen. Nach Marschall[4] ist mit dieser Regelung ein neuer Weg

---

1) Vgl. S.47 ff.
2) Öffentliche Versorgung ist auch hier im Sinne der Allgemeinzugänglichkeit zu verstehen und nicht im Sinne von öffentlicher Verwaltung. Vgl. S.14 ff.
3) So § 8 Abs. 10 FStrG; § 23 nwStrG; Art. 22 bayStrWeG;
4) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S.344

beschritten worden, während im energiewirtschaftlichen Schrifttum[1] die Ansicht vertreten wird, daß diese Regelung dem bisherigen Rechtszustand entspricht. M.E. ist der zuletzt erwähnten Ansicht zu folgen, da in der Praxis die Wegenutzungsverträge bisher im allgemeinen nach privatrechtlichen Vorschriften geschlossen wurden.[2] Marschall ist aber insoweit zuzustimmen, als es einmal bis jetzt noch keine g e s e t z l i c h e Regelung der "sonstigen Nutzung" gab, zum anderen früher eine öffentlichrechtliche Erlaubnis erforderlich war.

c) Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe im Hinblick auf die Sondernutzung

Die Sondernutzung wurde definiert als der Gebrauch der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus. Wesensmerkmal der Sondernutzung ist die dauernde Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs.

a') Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen

Bei der Erörterung über die "sonstige Nutzung" wurde festgestellt, daß die Verlegung von Versorgungsleitungen grundsätzlich unter den Begriff der "sonstigen Nutzung" fällt, da die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen den Gemeingebrauch der öffentlichen Wege nicht oder nur vorübergehend beeinträchtigt. Die Versorgungsunternehmen bedienen sich aber auch Versorgungsanlagen, die den Gemeingebrauch der Straße mehr als nur vorübergehend beeinträchtigen. Sie benötigen für die Energie- und Wasserversorgung der Bevölkerung Transformatorenstationen, Schaltkästen, Leitungsschächte, Leitungsmasten auf den Bürgersteigen und anderes mehr. Sofern sich diese Versorgungsanlagen i n n e r h a l b des

---

1) Vgl. Fischerhoff, EltWi 1956 S.675; aber auch Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S.335 im Gegensatz zu S.344; Treibert, Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, Sonderdruck; Der Landkreis, August 1963 S.2 f.; amtl. Begr. z. FStrG BTDrucks. Band 22 Drucks. 4248 EntwFStrG

2) Vgl. Henke/Müller/Rumpf, Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S.45; Fischerhof, Öffentliche Versorgung, DÖV 1957 S. 309 ff.; Didden, Konzessionsabgaben S.71 f.; RGZ Band 91 S.170; Für Straßen- und Kleinbahnen: RGZ Band 40 S. 280; Band 55 S. 297; Band 88 S. 14; Band 108 S. 204

Verkehrsraumes befinden, wird der Gemeingebrauch an öffentlichen Wegen ernstlich und dauernd beeinträchtigt, so daß sich eine solche Benutzung der öffentlichen Wege als Sondernutzung erweist.[1)]

b') Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe

Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe erweist sich mit Ausnahme der Benutzung durch die Omnibusse sowohl hinsichtlich ihrer Betriebsweise als auch hinsichtlich der durchgehend verbundenen Beförderungsanlagen als über den Gemeingebrauch und die "sonstige Nutzung" hinausgehend und stellt sich somit als Sondernutzung dar.[2)]

Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Verkehrsbetriebe wird auch auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen als Sondernutzung angesehen.[3)]

d) Ergebnis

Die rechtssystematische Einordnung der Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe unter die drei möglichen Benutzungsarten hat zu folgendem Ergebnis geführt:
Unter den unentgeltlichen und erlaubnisfreien Gemeingebrauch fallen nur die Benutzung durch Omnibusse und diejenigen Verkehrsanlagen, die für die laufende Instandhaltung, Beleuchtung, Säuberung und Gewährleistung der Verkehrssicherheit benötigt werden.

---

1) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, S.344; Sieder-Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, § 18 III 2 m; Didden, Konzessionsabgaben, S.55

2) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 8 S.346; Didden, Konzessionsabgaben, S.57; Kodal, Straßenrecht, S.610; Labs, Kommunale Verkehrsbetriebe, in Peters KomHdb. Band III S.722

3) Vgl. A IV der "Richtlinien" für die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Benutzung von Bundesfernstraßen in der Baulast des Bundes durch Straßenbahnen, OBusse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr (Sondernutzungs-Richtlinien für Personen-Linienverkehr vom 6.12.1961 - VKBl. 1962 S.23) "erklären die Benutzung der Straßen durch Straßenbahnen und OBusse als Sondernutzung".
Vgl. auch §§ 32 Abs. 1 und 2 und 41 Abs. 2 PBefG vom 21.3.1961 (BGBl. I S.241), §§ 2 und 9 Landeseisenbahngesetz NW vom 5.2. 1957 (GV NW 1957 S.11)

Zu der privatrechtlich zu regelnden "sonstigen Nutzung" des öffentlichen Weges gehören das Verlegen von Versorgungsleitungen unterhalb der Erdoberfläche und die Errichtung von Versorgungs- und Verkehrsanlagen außerhalb des Verkehrsraumes.

Zu der öffentlichrechtlich zu regelnden Sondernutzung zählt die Errichtung von Versorgungs- und Verkehrsanlagen innerhalb des Verkehrsraumes und das Befahren der öffentlichen Wege mit Oberleitungsbussen, Straßenbahnen und Kleinbahnen.

Soweit die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume unter die "sonstige Nutzung" oder unter die Sondernutzung fällt, können die Gemeinden hierfür Entgelt verlangen.

Damit kann festgestellt werden, daß die Einräumung des Wegebenutzungsrechts die Erhebung eines Wegebenutzungsentgelts - der KA - rechtfertigt.

II. Die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts als Rechtsgrund für die Erhebung von KA

Die Bedeutung der Konzessionsverträge für die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe erschöpft sich keineswegs in der Einräumung des Wegebenutzungsrechts, sondern geht noch erheblich über diese Rechtseinräumung hinaus. Es ist nämlich denkbar, daß die Gebietskörperschaften mehreren Versorgungsunternehmen gestatten, die öffentlichen Wege zur Verlegung von Versorgungsleitungen zu benutzen, oder daß sie selbst eines Tages die Versorgung aufnehmen. Die gleiche Situation könnte auch für die Verkehrsbetriebe eintreten. Ein Nebeneinander mehrerer Versorgungsnetze, Schienenstränge oder Oberleitungen von verschiedenen Unternehmen wäre nicht nur vom Standpunkt der beteiligten Versorgungsunternehmen, sondern auch vom Standpunkt der Abnehmer und der Verkehrsteilnehmer unerwünscht. Zu den kennzeichnenden Merkmalen der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe gehört ihre ausgeprägte Anlagenintensität; das bedeutet, daß für die Anlagen ein hoher Kapitaldienst getragen werden muß. Soll eine solche kapitalintensive Anlage rentabel arbeiten, muß sie möglichst intensiv benutzt werden. Die Energieversorgungsunternehmen und die Verkehrsbetriebe versuchen ihre

optimale Leistungsfähigkeit auszunutzen, um dadurch die hohen Festkosten auf eine möglichst große Anzahl von Leistungseinheiten verteilen zu können.

Sie sind daher darum bemüht, ihre Stellung durch Marktsicherungsmaßnahmen zu festigen, damit sie auf lange Sicht wirtschaftlich arbeiten können. Um dies zu erreichen, schließen die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe sogenannte Gebietsschutzverträge - auch Demarkationsverträge genannt - ab. In diesen Verträgen grenzen sie ihre Absatzgebiete ab und verpflichten sich, ihre Versorgungsgebiete gegenseitig zu respektieren, jede unmittelbare oder mittelbare Versorgungstätigkeit einschließlich der Energieerzeugung im Gebiet des oder der anderen zu unterlassen und eine Versorgungstätigkeit durch Dritte nicht zu begünstigen.[1)]

Am wirksamsten beugen die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe den nachteiligen Folgen eines ungesunden Wettbewerbs jedoch durch besondere Ausgestaltung der Konzessionsverträge vor. In ihnen vereinbaren sie, daß sie in dem Gemeindegebiet das ausschließliche Versorgungsrecht bzw. Personenbeförderungsrecht für den Nahverkehr erhalten. Damit verpflichten sich die Gemeinden, bis zum Ablauf des Konzessionsvertrages keine anderweitige Versorgungsregelung durchzuführen. Hierdurch erlangen die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe eine Monopolstellung, die tatsächlicher Art und nicht rechtlicher Art ist.[2)] Die Gewährung des ausschließlichen Versorgungsrechts steht mit der Einräumung des Wegebenutzungsrechts in engem wirtschaftlichen Zusammenhang, da in der Regel die Verfügungsbefugnisse, die sich aus dem privatrechtlichen Eigentum ergeben, die Voraussetzung dafür sind, daß die Gemeinde in ihrer Eigenschaft als Wegeeigentümer den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben neben dem Wegebenutzungsrecht auch eine Monopolstellung zusichern kann.

---

1) Vgl. Wieacher, Die Wegebenutzungs- und Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, VIK-Sonderdruck Nr. 1 vom 15. März 1957 S. 1

2) Vgl. Braun, Der Einfluß des Konzessionsabgabenrechts auf die Bilanzpolitik von Versorgungsunternehmen, S. 2

Die für die Erteilung des ausschließlichen Versorgungsrechts bzw. Personenbeförderungsrechts ausbedungene Gegenleistung in Form einer Geldzahlung stellt nach der begrifflichen Definition eine KA dar. Ihre Erhebung ist durch die Gewährung des ausschließlichen Versorgungsrechts gerechtfertigt.

B. Die rechtliche Beurteilung des Konzessionsverhältnisses[1)]

I. Die Begründung des Sondernutzungsrechts im Rahmen des Konzessionsverhältnisses unter Beteiligung des Wegeeigentümers, des Wegebaulastträgers und der Wegeordnungsbehörde

Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe bedarf einer besonderen Erlaubnis. Grundsätzlich wird die Benutzung durch die Versorgungsunternehmen auf Grund der neuen Straßen- und Wegegesetze[2)] durch einen privatrechtlichen Wegebenutzungsvertrag mit dem Wegeeigentümer geregelt. Wie bereits dargelegt wurde[3)], erweist sich die Benutzung der öffentlichen Wege zum Teil auch als Sondernutzung. Eine Sondernutzung ist aber öffentlich-rechtlich zu regeln.[4)] Für diese Erlaubniserteilung ist nach den neuen Straßen- und Wegegesetzen[5)] der Träger der Straßenbaulast zuständig.

An dem Erlaubnisverfahren für die Erteilung des Sondernutzungsrechts innerhalb des Konzessionsverhältnisses können also der Wegeeigentümer, der Wegebaulastträger und, da die Zweckbestimmung der öffentlichen Wege durch die Benutzung derselben durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe beeinträchtigt wird, auch die Wegeordnungsbehörde beteiligt sein.[6)] Für die Beurteilung der Frage nach der Beteiligung erscheint es zweckmäßig, den Aufgabenbereich dieser Behörden zu umgrenzen.

---

1) Es empfiehlt sich, nicht von einem Konzessionsvertrag zu reden, sondern von einem Konzessionsverhältnis; denn es muß erst bewiesen werden, daß die Beziehungen zwischen Gemeinde und Versorgungsunternehmen oder Verkehrsbetrieb Vertragscharakter besitzen.

2) Vgl. S. 39 Anm. 4 und 5

3) Vgl. S. 53 f.

4) Vgl. S. 55 und S. 41 Anm. 1

5) § 5 FStrG; § 51 nwStrG; Art. 41 ff., 47 ff. bayStrWeG; § 12 f. hmbWeG; § 9 heStrG; § 43 f. ndsStrG; § 12 f. rhpfStrG; § 11 ff. schlhStrG; § 45 bawüStrG

6) Vgl. OVG Mü in DÖV 1957 S.157

1. Funktion der Beteiligten

a) Der Wegeeigentümer

Die öffentlichen Wege sind als Sachen des öffentlichen Rechts nicht schlechthin extra commercium wie die res publicae des römischen Rechts[1]. Das Eigentumsrecht wird in der Regel von den Gemeinden ausgeübt. Ihren Sinngehalt und ihre Ausformung haben die Eigentumsrechte vorwiegend durch Art. 181 EGBGB, §§ 903 ff. BGB und Art. 14 GG gefunden. Nach Stern[2] ist es "logisch verfehlt, den Eigentumsbegriff zerreißen zu wollen und von einem öffentlichen bzw. privaten Eigentum zu sprechen". Nach seiner Ansicht ist das Eigentum "ein einheitliches und ganzheitliches, wohl apriorisches"[3] Rechtsinstitut in dem Sinne, daß es der gesamten Rechtsordnung, also dem öffentlichen und privaten Recht angehört. Der Wegeeigentümer kann sich der allgemein sachenrechtlichen Grundsätze über Inhalt und Umfang des Eigentums bei der Ausübung des Eigentumsrechts bedienen, soweit das Eigentum nicht durch die öffentlichrechtliche Zweckbindung beschränkt ist.

b) Der Wegebaulastträger (Wegebau- und Wegeunterhaltspflichtiger)

Die Indienststellung des Weges für den öffentlichen Verkehr erfordert, den Weg in einem gebrauchsfähigen und verkehrssicheren Zustand zu halten, um eine reibungslose Abwicklung und Durchführung des Gemeingebrauchs zu gewährleisten. Durch den Widmungsakt wird der Wegeeigentümer von der Verkehrssicherungspflicht entbunden. Die Verkehrssicherungspflicht, der Wegebau und die Wegeunterhaltungspflicht werden dem Wegebaulastträger übertragen.[4]

Während die Wegebaupflicht die öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit zur Herstellung und Veränderung des Wegekörpers umfaßt, erstreckt sich die Wegeunterhaltungspflicht auf die Maßnahmen, die eine laufende Unterhaltung der Wegeanlagen entsprechend den jeweiligen öffentlichen Verkehrsbedürfnissen erforderlich macht.

---

1) Vgl. Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht, S.291

2) Stern, Problematik, S.163

3) Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlichrechtlichen Vertrags, VerwArch Band 49 S.123

4) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 3 S.81, 91 u.99 ff., für Verkehrssicherungspflicht nicht unbestritten.

Die Straßenbaulast und die Wegeunterhaltungspflicht können theoretisch verschiedenen Gebietskörperschaften auferlegt sein.[1] Nach geltendem Straßenbaurecht ist aber eine derartige Trennung nicht gebräuchlich. Wer Träger der Wegebaulst ist, bestimmt sich nach bundes- und landesrechtlichen Vorschriften.[2]

Träger der Straßenbaulast für Bundesfernstraßen und die Bundesautobahn ist grundsätzlich der Bund, für Landstraßen 1. Ordnung die Länder oder die landesrechtlichen Landschaftsverbände, für Landstraßen 2. Ordnung die Stadt und Landkreise und für die Gemeindestraßen die Gemeinden.

c) Die Wegeordnungsbehörde

Die Eröffnung eines öffentlichen Verkehrs auf den öffentlichen Wegen erfordert eine besondere Aufsicht. Diese Aufsicht obliegt heute den Wegeordnungsbehörden, der früheren Wegepolizei. Sie haben dafür zu sorgen, daß die öffentlichen Wege in jeder Beziehung und vollem Umfang ihrem Zweck erhalten bleiben und ihrem Zweck gemäß benutzt werden.[3] Die Wegeordnungsbehörde ist befugt, jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Inanspruchnahme des öffentlichen Weges zu verbieten. Als Schützerin der öffentlichen Ordnung hat sie darüber zu wachen, daß nicht durch die Zulassung des Sondergebrauchs die eigentliche Zweckbestimmung beeinträchtigt oder vereitelt wird.[4]

2. Die öffentlichrechtliche Theorie

Es besteht keine einheitliche Meinung darüber, inwieweit die einzelnen Behörden an der Erlaubniserteilung für die Sondernutzung beteiligt sind. Im einzelnen geht der Streit um die Beteiligung des Wegeeigentümers. Die öffentlichrechtliche Theorie[5] hält eine

---

1) Vgl. Peters/Salzwedel, Kostenverteilung, S. 17
2) Vgl. § 5 FStrG; Art. 41 ff., 47 f. 54 f. vayStrWeG; § 43 nwStrG
3) Vgl. OVG Mü in DÖV 1957 S.157
Die Wegeordnungsbehörden sind nicht identisch mit den Straßenverkehrsämtern. Den Straßenverkehrsämtern obliegt in der Hauptsache die Wahrnehmung der Zuständigkeit nach der Straßenverkehrsordnung, vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 57 IV S.332; zuständig sind vielmehr die Landkreise als Wegeordnungsbehörde in den kreisangehörigen Gemeinden und die Stadtverwaltungen in den kreisfreien Gemeinden.
4) Vgl. pr.OVG Band 59 S.308
5) Vgl. Thoma, Die Gasröhrenkonzession, in AöR Band 38 S.317; List, Energierecht, 2. Aufl. S.33; Schack, Wegerecht, S.57 ff.

Mitwirkung des Eigentümers weder für erforderlich noch für rechtlich möglich, da auch die über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungen von der öffentlichen Zweckbestimmung der öffentlichen Sache gedeckt seien. Infolgedessen bedürfe es lediglich des öffentlich-rechtlichen Aktes der Wegepolizeibehörde, bzw. Wegeordnungsbehörde, unter zum Teil für erforderlich gehaltener Zustimmung des Wegebaulastträgers.

3. Die privatrechtliche Theorie

Dieser Auffassung tritt die privatrechtliche oder vermittelnde Theorie entgegen, die die Sondernutzung nicht von dem öffentlichen Charakter der Wege, sondern von dem an ihr bestehenden Privateigentum ableitet.[1)]

M.E. ist der privatrechtlichen Theorie zu folgen. Durch den Widmungsakt wird das Eigentumsrecht zugunsten des Gemeingebrauchs eingeschränkt, aber auch nur zugunsten dieser Benutzungsform. Die Duldungspflicht des Wegeeigentümers erstreckt sich allein auf die Benutzung im Rahmen des Gemeingebrauchs. Eine darüber hinausgehende Gebrauchshandlung bedeutet eine weitere Beschränkung des Eigentums, die gegen den Willen des Eigentümers nicht vorgenommen werden darf. Für diese Behauptung ließe sich als Beweis der Schluß des "argumentum a minore ad maius" anführen. Wenn ein Weg nur mit Einwilligung des Eigentümers dem Gemeingebrauch, also der geringeren Nutzungsart, gewidmet werden kann, so bedarf es erst recht seiner Zustimmung, wenn eine stärkere Nutzungsart, nämlich die Sondernutzung, begründet werden soll.[2)]

Außerdem hat der BGH in seinem Urteil vom 24.1.1958[3)] festgestellt, daß derjenige, der die erkennbaren Grenzen der Widmung nicht berücksichtigt, bei einer Beschädigung der öffentlichen Sache dem Berechtigten nach § 823 BGB haftet. Auch kann der Eigentümer auf Unterlassung gem. § 1004 BGB klagen.[4)]

---

1) Vgl. Henke/Müller/Rumpf, Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S.45; Fischerhof, Öffentliche Versorgung, in DÖV 1957 S.309; Didden, Konzessionsabgaben, S.59 RGZ Band 88 S.14; Band 123 S.181
2) Vgl. Maunz, Grundfragen, in VerwArch Band 50 S.335
3) BGHZ in DÖV 1958 S.343
4) Vgl. Braun, Der Einfluß des Konzessionsabgabenrechts, S.13

Hat der Eigentümer ein Verbietungsrecht für bestimmte, gegen seinen Willen vorgenommene Nutzungen, so kann er auch auf diese Rechte verzichten und durch Erteilung seiner Zustimmung die Nutzung erlauben.[1)]

Die Feststellung einer Beteiligung des Eigentümers an der Erlaubniserteilung bedeutet aber nicht, daß es einer Mitwirkung des Wegebaulastträgers und der Wegeordnungsbehörde nicht bedarf.

Diese Meinung wird allerdings von Müller[2)] vertreten, nach dessen Ansicht weder eine Mitwirkung des Straßenbaulastträgers noch eine Genehmigung der Wegeordnungsbehörde erforderlich ist. Auch Didden[3)] erkennt dem Eigentümer eine "Zentralstellung" zu, seine Zustimmung sei das "eigentlich konstitutive Element". Diese Auffassungen werden dem Recht des öffentlichen Weges nicht gerecht. Sie verkennen, daß der Weg dem Gemeingebrauch dienen soll. Die Gewährleistung des Gemeingebrauchs kann dem Eigentümer allein nicht überlassen sein. Es müssen auch die Rechtssubjekte mitwirken, denen Schutz und Erhaltung des öffentlichen Verkehrs zukommen, da Sondernutzungen den Gemeingebrauch beeinträchtigen.[4)] Die Wegeordnungsbehörde ist "Hüter des Gemeingebrauchs"[5)]. Sie hat darauf zu achten, daß der Gemeingebrauch durch die Sondernutzung nicht unerträglich beeinflußt wird. Ihre Zustimmung ist daher ebenso unerläßlich wie die der anderen Beteiligten.[6)]

Die Mitwirkung aller Beteiligten ist erforderlich, weil jeder von ihnen eigenständige Funktionen im Wegerecht zu erfüllen hat. Die Erlaubnisakte der drei Beteiligten sind "konstitutive Elemente" für die Erteilung der Erlaubnis.[7)] Das Konzessionsverhältnis ist aus diesem Grunde komplexer Natur.

---

1) BGHZ Band 19 S.85 ff.; vgl. Eiser-Riederer V 15 f.; Stern, Problematik, AöR S.168
2) Vgl. Henke/Müller/Rumpf, Energiewirtschaftsrecht, S.54 ff.
3) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S.59 f., 89
4) Vgl. Art. 18 bayStrWeG
5) Vgl. Stern, Problematik, AöR S.70
6) Vgl. Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, V 16; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 7.Aufl. S.345; Germershausen/Seydel, Preußisches Wegerecht, Band 1 S.97; Bochalli, Besonderes Verwaltungsrecht, S.310; Labs, Komm. Verkehrsbetriebe, S.722
7) Vgl. Stern, Problematik, AöR Band 84 S.170

Sondernutzungen an öffentlichen Wegen dürfen nicht auf unbeschränkte Zeit erlaubt werden. Die Erlaubnis für Sondernutzungen darf nur auf Zeit oder Widerruf erteilt werden, da die öffentlichen Wege jederzeit Veränderungen unterworfen sein können und im voraus festgelegte Bindungen durch Rechte Dritter die Entwicklung der Straßen und Wege nachteilig beeinflussen können. Ob man mit dieser Einteilung der Erlaubnis auf Zeit und der Erlaubnis auf Widerruf die frühere Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung wieder aufleben lassen will, mag dahin gestellt bleiben.

II. Die Gestaltung des Konzessionsverhältnisses

Die Gebietskörperschaften können als Wegeeigentümer und Träger von privaten Rechten den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben eine nicht bestimmungsgemäße Benutzung der öffentlichen Wege im Einvernehmen mit dem Wegebaulastträger und der Wegeordnungsbehörde gestatten. Das komplexe Gebilde Konzessionsverhältnis setzt sich aus privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Bestandteilen zusammen, wenn die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe sowohl im Bereich der privatrechtlichen "sonstigen Nutzung" als auch im Bereich der Sondernutzung liegt.[1)]

Zur Bestimmung der Rechtsform und Rechtsnatur des Konzessionsvertrages ist es erforderlich, das Konzessionsverhältnis in seine einzelnen Bestandteile aufzugliedern, die in ihrer Struktur und Rechtsnatur als eigenständig erkannt und bewertet werden können.

1. Elemente des Verwaltungsaktes innerhalb des Konzessionsverhältnisses

Der Wegebaulastträger und die Wegeordnungsbehörde vertreten - wie dargelegt - öffentlichrechtliche Belange. Ihre Beteiligung bedarf einer Klärung dahingehend, ob ihre Mitwirkung in der Form eines vertraglichen oder eines einseitig hoheitlichen Mitwirkungsaktes erfolgt.

---

1) Vgl. S. 55

a) Der Verwaltungsakt der Wegeordnungsbehörde

Die Wegeordnungsbehörde prüft vom Standpunkt des öffentlichen Interesses, ob der Wegebenutzung durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe öffentlichrechtliche Hinderungsgründe entgegenstehen, insbesondere ob der Gemeingebrauch nicht dauernd beeinträchtigt wird. Die Erlaubnis wird in Form eines VA erteilt.[1] Sie ist die einseitige Anordnung der Wegeordnungsbehörde auf Grund ihrer Wegeüberwachungsbefugnis, da das Versorgungsunternehmen oder der Verkehrsbetrieb als Antragsteller kein gestaltendes Mitwirkungsrecht hat.

b) Der Verwaltungsakt des Wegebaulastträgers

Der Wegebaulastträger ist für die Herstellung, Veränderung und laufende Unterhaltung des öffentlichen Weges zuständig. Er hat die öffentlichrechtliche Pflicht, alles zu veranlassen und zu leisten, was erforderlich ist, damit den jeweils gegebenen Bedürfnissen des öffentlichen Verkehrs entsprochen wird. Aus dem Grunde bedarf es auch seiner Mitwirkung bei der Erteilung von über den Gemeingebrauch hinausgehenden Sondernutzungserlaubnissen, da durch die Sondernutzung eventuell eine Erhöhung oder Erschwerung in der Wegebaulast eintritt. Diese Mitwirkung bei der Erteilung des Sondernutzungsrechts geschieht in öffentlichrechtlicher Form durch einen VA. Die Erlaubnis des Wegebaulastträgers in dem Erlaubnisverfahren zur Erteilung der Sondernutzung trägt den "Charakter einer öffentlichrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung"[2]. Auch hierbei handelt es sich i.d.R. um einen einseitigen Hoheitsakt. Sind allerdings Wegebaulastträger und Wegeeigentümer identisch, handelt es sich um einen gemischt öffentlich- und privatrechtlichen Vertrag. Für Straßenbahnen und OBusse gilt allerdings eine Sonderregelung. Auf Grund des RdErl. des BVM vom 6.12.1961[3] bedarf es grundsätzlich zur Sondernutzungserlaubnis an Stelle der Z u s t i m m u n g des Trägers der Straßenbaulast einer öffentlichrechtlichen B e n u t z u n g s v e r e i n b a r u n g zwischen ihm und den Verkehrsbetrieben.

---

1) Vgl. Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 8 Anm. 4a S.302; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 7.Aufl. S.345; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 S.572; Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.143
2) Stern, Problematik, AöR Band 84 S.290
3) VKBl. 1962 S.23 f. A IV

2. Vertragliche Elemente innerhalb des Konzessionsverhältnisses

Man könnte nun annehmen, mit der Aufdeckung von VA´en im Konzessionsverhältnis sei die Charakterisierung dieses Rechtsverhältnisses erschöpft, zumal die Wegegesetze ausdrücklich bestimmen[1], daß die Sondernutzungserlaubnis vom Träger der Straßenbaulast erteilt wird.

Diese Ansicht wäre jedoch verfehlt. Die Benutzung der öffentlichen Wege durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe liegt innerhalb der privatrechtlich, d.h. mit dem Wegeeigentümer zu regelnden "sonstigen Nutzung" und der öffentlichrechtlich zu regelnden Sondernutzung. Sie setzt die Beteiligung des Wegeeigentümers voraus. Der Wegeeigentümer schließt mit dem Versorgungsunternehmen bzw. dem Verkehrsbetrieb einen Vertrag, der die von den Parteien ausgehandelten Konzessionsbedingungen enthält. In diesem Vertrag legen die Parteien kraft ihrer autonomen subjektiv-rechtlichen Gestaltungsmacht gemeinsam den Inhalt des Rechtsverhältnisses fest. "Die Zurechenbarkeit des Inhalts des Rechtsverhältnisses zu einem gemeinsamen Parteiwillen charakterisiert den Vertrag und hebt ihn von dem Verwaltungsakt ab, der einer Norm, nicht aber dem Willen der erlassenden Behörde zurechenbar und von ihr getragen sein muß."[2]

Vollständigkeitshalber sollen die wesentlichen und typischen Klauseln, die Gegenstand des zwischen der Gebietskörperschaft - in ihrer Eigenschaft als Wegeeigentümer - und den Versorgungsunternehmen bzw. den Verkehrsbetrieben geschlossenen Vertrags sind, aufgeführt werden. Die einzelnen Klauseln werden kraft vertraglicher Willensübereinstimmung unter Wahrung der Vertragsfreiheit festgelegt. Allerdings liegt eine gewisse Beschränkung für die Versorgungsunternehmen bzw. die Verkehrsbetriebe in der Wahl des Vertragspartners. Diese Beschränkung ist aber nicht rechtlicher, sondern tatsächlicher Art und liegt in der Monopolstellung der Gemeinden als Grundeigentümer begründet.

---

1) Vgl. § 8 Abs. 1 FStrG; § 18 Abs. 1 nwStrG; Art. 18 bayStrWeG; § 18 Abs. 2 ndsStrG; § 16 Abs. 1 heStrG

2) Vgl. Stern, Problematik, AöR Band 84 S. 276

a) Möglicher Vertragsinhalt der wesentlichen und typischen Klauseln

Die Wegebenutzungsklausel:

Die Gemeinde gestattet dem Versorgungsunternehmen oder dem Verkehrsbetrieb die Benutzung ihres Grundeigentums zur Errichtung und Verlegung von Versorgungs- und Verkehrsanlagen gegen Übernahme der Unterhaltungskosten im Schienenbereich.

Die Betriebsklausel:

Das Versorgungsunternehmen bzw. der Verkehrsbetrieb wird verpflichtet, Betrieb, Verteilungs- und Verkehrsanlagen zu errichten und das Unternehmen dauernd in leistungsfähigem und betriebssicherem Zustand zu erhalten sowie die u.U. erforderlichen Erweiterungen vorzunehmen.

Die Ausschließlichkeitsklausel:

Die Gemeinde verpflichtet sich, während der Dauer des Vertrages keinem anderen gleichartigen Unternehmen die Versorgung bzw. die Personenbeförderung zu gestatten.

Die Kontrahierungsklausel:

Das Versorgungsunternehmen bzw. der Verkehrsbetrieb verpflichten sich, jedermann im Rahmen seiner Versorgungs- bzw. Verkehrsbeförderungsbedingungen zum Anschluß bzw. zur Benutzung zuzulassen.

Aufsichts- und Mitwirkungsklauseln:

Häufig behalten sich die Gemeinden bestimmte Mitwirkungs-, Aufsichts- und Kontrollrechte vor, so namentlich in der Tarifgestaltung. Man spricht dann von einer Tarifklausel.

Die Abgabeklausel:

In der Regel verpflichtet sich das Versorgungsunternehmen bzw. der Verkehrsbetrieb, der Gemeinde ein Entgelt für die Überlassung der Wegebenutzung, des Ausschließlichkeitsrechts usw. zu zahlen. Für dieses Entgelt hat sich die Bezeichnung Konzessionsabgabe eingebürgert.

Die Übernahmeklausel:

Die Gemeinde behält sich mitunter das Recht vor, bei Ablauf des Vertrages zu bestimmten Bedingungen, sogenannten Endschaftsbedingungen, die Versorgungs- bzw. Verkehrsanlagen gegen oder ohne Entgelt zu übernehmen. Handelt es sich um eine unentgeltliche oder verbilligte Übernahme der Anlagen, so spricht man von einem Heimfallrecht. Die entsprechende Abrede ist dann die Heimfallklausel.-

Neben den genannten wesentlichen und typischen Vereinbarungen kommen häufig noch verschiedene Regelungen in Frage, wie etwa die Schadensklausel, nach der das Unternehmen verpflichtet ist, die bei Errichtung der Anlage verursachten Schäden an den Wegen usw. wieder zu beseitigen. Nicht selten ist auch eine Vereinbarung des Inhalts gegeben, daß das Versorgungsunternehmen die Straßenbeleuchtung, Wasser für Springbrunnen oder Löschzwecke unentgeltlich oder verbilligt zu liefern hat. In einem solchen Fall ist in einem Konzessionsvertrag ein eigenständiger Lieferungsvertrag enthalten.

b) Die Vertragspartner

Die Annahme eines Vertrages wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß an Rechtsverhältnissen ein Hoheitsträger beteiligt ist. In dem Konzessionsvertrag treten sich die Gebietskörperschaft und das Versorgungsunternehmen oder der Verkehrsbetrieb als gleichgeordnete Parteien gegenüber. Es ist jedoch zu bedenken, daß häufig ein Versorgungsunternehmen oder Verkehrsbetrieb die Rechtsform des sogenannten Eigenbetriebs[1] aufweist. Diese Rechtsform ist dadurch charakterisiert, daß ihr keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt, sondern nur dem dahinterstehenden "patronisierenden Muttergemeinwesen"[2]. Es drängt sich daher die Frage auf, ob ein Eigenbetrieb überhaupt mit der Gemeinde einen Vertrag schließen kann.[3]

1) § 74 nwGemO; Die Gemeindeordnungen der übrigen Bundesländer enthalten ähnliche Bestimmungen.
2) Bischoff, Neue rechtstechnische Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung, in AöR Band 81 S.59, vgl. auch Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S.160
3) Diese Frage erhebt sich für Unternehmen, die in der Form einer AG, GmbH oder rechtsfähigen Anstalt betrieben werden, nicht.

Verlangt man für die Gültigkeit eines Vertrages die übereinstimmende Willenserklärung zweier rechtsfähiger Rechtssubjekte, so ist es ausgeschlossen, unter den Vertragsbegriff auch Rechtsbeziehungen zu subsumieren, an denen nur e i n rechtsfähiges Rechtssubjekt beteiligt ist.

Innerhalb des öffentlichrechtlichen Vertragsrechts führt diese Auffassung zur Entstehung der Rechtsfiguren Vereinbarung, Gesamtakt und Verwaltungsnormen.[1)]

Nach Sterns Ausführungen[2)] ist für eine befriedigende Durchdringung dieser Rechtsfrage eine "Überprüfung und Neufassung der Begriffe Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität" erforderlich.

Zutreffend haben H. J. Wolff und Bachoff[3)] betont, daß es neben juristischen Personen, also Gemeinschaften mit (Voll) Rechtsfähigkeit, Gemeinschaften gibt, die keine (Voll) Rechtsfähigkeit besitzen, aber trotzdem Zuordnungssubjekte von Rechtssätzen sind, die ihnen Rechte und Pflichten zuweisen. Als Beispiele sind für das Zivilrecht der nicht rechtsfähige Verein, die OHG und die KG bekannt. Auch für das öffentliche Recht haben Wolff und Bachoff solche Erscheinungen aufgeführt. Nach §§ 1 und 2 Bundesbahngesetz vom 12.12.1961[4)] und den §§ 3 und 4 Postverwaltungsgesetz vom 24.7.1953[5)] sind die "Deutsche Bundesbahn" bzw. die "Deutsche Bundespost" Sondervermögen des Bundes, die aber im Rechtsverkehr unter ihrem Namen handeln, klagen und verklagt werden können. Damit statuiert der Gesetzgeber Gebilde, die, obwohl sie keine Rechtsfähigkeit besitzen, im Rechtsverkehr auf Teilbereichen wie rechtsfähige Subjekte agieren. So vertritt auch Stern[6)] die Ansicht, daß es verfehlt sei, Personen, die Zuordnungssubjekte von Rechten und Pflichten sind, die Qualität als Rechtssubjekt zu

---

1) Vgl. Deubig, Das Recht der Konzessionsabgaben, S.2; Stern, Problematik, AöR Band 84 S.132

2) Stern, Problematik, AöR Band 84 S.280

3) Vgl. Wolff, Organschaft und juristische Personen, Band 1 S.494 ff.; Bachoff, Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, in AöR Band 83 S.208 ff., 261

4) BGBl. I S. 955

5) BGBl. I S. 676

6) Vgl. Stern, Problematik, AöR Band 84 S.282

nehmen, nur weil ihnen nicht die allgemeine Vollrechtsfähigkeit zukommt, oder anders ausgedrückt: Rechtsfähigkeit mit Rechtssubjektivität. Rechtssubjektivität komme jemandem zu, den Rechtssätze berechtigen oder verpflichten, wenn auch nur in einzelnen Beziehungen und Rechtssphären. Nach seiner Ansicht ist derjenige, der rechtsfähig ist, auch immer Rechtssubjekt. Rechtssubjekt sei aber nicht nur der, der vollrechtsfähig ist, sondern auch der, der nur teilrechtsfähig ist. Ob jemand teilrechtsfähig ist, bestimmt der Gesetzgeber dadurch, daß er ihm nur einen bestimmten Kreis von Rechten und Pflichten zuerkennt.[1] Diese Begriffsunterscheidung gibt einem Rechtssubjekt, dem auf Grund von Gesetzen Rechte und Pflichten übertragen sind, eine begrenzte Rechtsfähigkeit.

Der Eigenbetrieb ist nach § 8 Abs. 1 nwEBVO[2] finanzwirtschaftlich als Sondervermögen der Gemeinde gesondert zu verwalten und nachzuweisen[3]; er ist also wie die Bundesbahn und Bundespost Sondervermögen ohne Rechtsfähigkeit. Allerdings kann er im Gegensatz zur Bundesbahn und Bundespost nach außen nicht im eigenen Namen handeln. Die Eigenbetriebe werden Dritten gegenüber zwar durch die Werkleitung vertreten. Die Werkleitung handelt aber stets im Auftrage des Rates oder des Gemeindedirektors.[4] Das bedeutet, daß der Eigenbetrieb nicht Zuordnungsobjekt ist, das Rechte und Pflichten gegenüber Dritten begründen kann.

Steuerrechtlich gesehen wird der Eigenbetrieb jedoch selbst und nicht die dahinter stehende Muttergemeinde als Steuerrechtssubjekt behandelt.[5] Die Eigenbetriebsverordnung und die Verordnung

---

1) Vgl. Bachoff, Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, in AöR Band 83 S.262 ff. mit Nachweisen

2) nwEBVO vom 22.12.1953 (GV S.43); Die saEBVO vom 11.11.1954 (Amtsblatt S.1415), heEBVO vom 9.3.1957 (GV S.19), berlEBVO vom 11.12.1959 (GV S.1229), sehen ähnliche Bestimmungen vor. Soweit die Bundesländer keine eigene EBVO erlassen haben, gilt für sie noch die EBVO vom 21.11.1938 (RGBl. I S.1650)

3) Zur Frage der Rechtsstellung der Eigenbetriebe und Eigengesellschaften vgl. Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S. 160

4) Vgl. §§ 3 und 4 nwEBVO; vgl. Ausführungsanweisung zu § 3 nwEBVO, abgedruckt bei Zeiss, Eigenbetriebsrecht, S. 96

5) Vgl. § 1 Abs. 1 Nr.6 KörpStG

über die Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplanes der Gemeinden - GemHVO - vom 26.1.1954[1] bestimmen jedoch den Eigenbetrieb als Zuordnungssubjekt von Rechtssätzen, die Rechte und Pflichten gegenüber den Gemeinden begründen, z.B. getrennte Wirtschaftsführung, Verantwortung der Werkleitung gegenüber dem Gemeinderat. Damit kommt dem Eigenbetrieb interne Rechtssubjektivität zu.[2] Mit Recht folgert Stern aus der Rechtssubjektivität, die der Eigenbetrieb durch die rechtssatzmäßige Zuordnung von Rechten und Pflichten für einen bestimmten Rechtsbereich erlangt hat, daß der Eigenbetrieb für diesen Rechtsbereich auch teilrechtsfähig ist. Das bedeutet, daß der Eigenbetrieb in diesem Bereich zur Wahrung seiner Rechte und Pflichten wie ein vollrechtsfähiges Rechtssubjekt handeln kann. Er kann also auch mit seinem Muttergemeinwesen einen Vertrag schließen.

3. Ergebnis

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß im Konzessionsverhältnis Gestaltungsformen des Vertrages mit denen des einseitig regelnden VA und der öffentlichrechtlichen Benutzungsvereinbarung verknüpft sind.

III. Der Typus des Konzessionsvertrages

Mit dem Ergebnis des vorherigen Abschnitts schließen in der Regel die bisherigen Abhandlungen über den Konzessionsvertrag. Man beschränkte sich darauf, die privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Natur des Konzessionsvertrages zu apostrophieren, um danach festzustellen, daß der Konzessionsvertrag sich nicht unter die gesetzlich geregelten Vertragstypen einordnen lasse und daher ein Vertrag eigener Art sei.[3] Manche Autoren fügten dem noch hinzu, daß es sich um einen "einheitlichen"[4] oder "nicht einheitlichen"[5]

---

1) GV NW 1954 S.59

2) Vgl. Stern, Problematik, AöR Band 84 S.284

3) Vgl. Henke-Müller-Rumpf, Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S.121; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht, V 38; Ballerstedt, Grundprobleme, BB 1958 S.125; noch jüngst Cebulla, Sind Konzessionsabgaben in der Versorgungswirtschaft heute noch sinnvoll?, S.3; ebenso Dickmann, Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrags, S.55

4) Henke-Müller-Rumpf, Elektrizitätswirtschaft, S.121

5) Schwinge, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, Gruch Band 70 S.157

Vertrag handeln würde, je nachdem, ob mit einer mehr privatrechtlichen oder mehr öffentlichrechtlichen Einstellung die Untersuchung über den Konzessionsvertrag durchgeführt wurde. Mit diesen weniger rechtsdogmatischen Begründungen ist der Rechtswirklichkeit jedoch nicht gedient. Erst durch eine detaillierte Aufgliederung der Bestandteile des Konzessionsvertrages kann ein befriedigendes Ergebnis erzielt werden.

Im folgenden sollen die einzelnen Vertragsklauseln daraufhin überprüft werden, ob sie sich unter die im BGB geregelten Vertragstypen einordnen lassen, oder ob es sich um atypische Vertragsbestimmungen handelt. Diese Methode ist zweckmäßig, besonders im Hinblick auf eine exakte Bestimmung der Rechtsnatur des Konzessionsvertrags und der KA, da hierüber die Meinungen immer noch auseinandergehen.

1. Die Wegenutzungsklausel

Den Gebietskörperschaften steht gem. § 905 BGB das Eigentumsrecht an ihrem Grundeigentum hinsichtlich des Erdkörpers und des darüberliegenden Luftraums zu. Die Benutzung ihres Grundeigentums durch die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe bedarf daher ihrer Zustimmung. Diese Zustimmung enthält die Wegenutzungsklausel. Die Gebietskörperschaft hat mehrere Möglichkeiten, dieses Wegenutzungsrecht in einen Vertragstyp zu kleiden.

a) Der Leihvertrag

Der Leihvertrag bringt für das Versorgungsunternehmen einen gewissen Unsicherheitsfaktor mit sich. Nach § 605 BGB steht dem Verleiher, auch wenn eine bestimmte Zeitdauer für die Leihe vorgesehen ist, ein außerordentliches Kündigungsrecht ohne Einhaltung der Kündigungsfrist zu, falls der Verleiher infolge eines bei Vertragsabschluß nicht vorgesehenen Umstandes ein tatsächliches Bedürfnis auf eigene Nutzung nachweist.

Ein Vertragsverhältnis auf Grund eines Leihvertrags gem. §§ 598 ff. BGB zu begründen, ist daher für das Versorgungsunternehmen unzweckmäßig.

b) Der Mietvertrag

Im Gegensatz zur unentgeltlichen Leihe beruht der Mietvertrag auf dem Prinzip der Entgeltlichkeit. Außerdem kann der Mietvertrag bis zu 30 Jahren abgeschlossen werden. Für den Sondernutzer besteht darin der Vorteil, daß seine Rechtsstellung gegenüber der Leihe eine bedeutende Festigung erfährt.

c) Der dingliche Vertrag

In Frage kommen hier die Bestellung einer Grunddienstbarkeit[1] oder einer persönlichen beschränkten Dienstbarkeit[2], deren rechtsgeschäftliche Begründung Einigung und Eintragung im Grundbuch erfordert.[3]

Durch den dinglichen Vertrag wird die Rechtsstellung der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe besonders gesichert. Zu Recht hält Engert[4] die dingliche Sicherung des Rechts zur Verlegung von Versorgungsleitungen für unentbehrlich. Für Energiefernleitungen hat der BGH[5] anerkannt, daß die Versorgungsunternehmen auf ein zeitlich unbegrenztes Benutzungsrecht angewiesen sind; dies läßt sich aber nur durch ein dingliches Recht erreichen. Für den Straßeneigentümer bedeutet die dingliche Sicherung keine stärkere Beeinträchtigung als schuldrechtliche Nutzungsrechte[6]. Obwohl durch den dinglichen Vertrag die Rechtsstellung des Versorgungsunternehmens besonders gesichert wird, wird auf eine derartige Regelung nur vereinzelt zurückgegriffen[7], weil die formalen Erfordernisse das Verfahren mit einer gewissen Schwerfälligkeit belasten.

---

1) §§ 1018 ff. BGB

2) §§ 1090 ff. BGB

3) § 873 BGB

4) Vgl. Engert, Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen, NJW 1964 S.1303

5) Vgl. BGHZ Band 37 S.353

6) Vgl. Engert, Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen, NJW 1964 S.1304

7) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 S.572; Schwinge, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, in Gruch Beiträge Band 70 S.155 mit Nachweisen; Mehlem in DVerwBl. 1958 S.159; RGZ Band 88 S.14

In der Regel schließt man einen schuldrechtlichen Vertrag, und zwar einen Mietvertrag ab. Zutreffend erkennen Henke-Müller-Rumpf[1] das Entgelt, das die Elektrizitätsunternehmen im Konzessionsvertrag mit den Gemeinden vereinbaren, als Vergütung im Sinne des Mietvertrages.

2. Die Betriebsklausel

Die Betriebsklausel enthält die Verpflichtung des Versorgungsunternehmens und des Verkehrsbetriebs, die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser, Wärme, Elektrizität und die Verkehrsbeförderung durchzuführen. Auf diese Vereinbarung können die Vorschriften über den Werkvertrag[2] Anwendung finden, da die Gemeinden auf den tatsächlichen Erfolg der Versorgung der Bevölkerung bedacht sind. Die Vergütung an die Versorgungsunternehmen für die Bewirkung des Erfolges braucht nicht in Geld zu bestehen, sondern kann in jeder sonstigen Gegenleistung, also auch in der Erteilung des Wegenutzungsrechts oder der Gewährung des ausschließlichen Versorgungsrechts erfolgen.

3. Die Ausschließlichkeitsklausel

Die in der Ausschließlichkeitsklausel übernommene Verpflichtung, keine anderweitige Versorgungsregelung mit anderen Versorgungsunternehmen oder Verkehrsbetrieben zu treffen, stellt eine Verpflichtung zum Unterlassen einer Handlung dar. Nach § 241 Abs. 2 BGB kann die Leistung auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung auch in einem Unterlassen bestehen. Es handelt sich hierbei um einen atypischen Vertrag, der nach den allgemeinen Regeln des Schuld- und Vertragsrechts zu behandeln ist.

4. Die Kontrahierungsklausel

Nach Nipperdey[3] liegt ein Kontrahierungszwang nur dann vor, "wenn das Zwangsgebot dahingeht, daß mit dem Rechtssubjekt, zu dessen Gunsten die Verpflichtung zum Kontrahieren angeordnet ist, ein

---

1) Vgl. Henke-Müller-Rumpf, Rechtsgrundlagen der Elektrizitätswirtschaft, S.110
2) § 631 BGB
3) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S.30

Vertrag abgeschlossen werde". Die Kontrahierungsklausel enthält eine solche Verpflichtung; sie besagt, daß jedermann im Rahmen der Versorgungs- und Beförderungsbedingungen zugelassen ist.[1)]

Die Einordnung der Kontrahierungsklausel unter die im BGB geregelten Vertragstypen ergibt, daß es sich hierbei um einen Vertrag zu Gunsten Dritter - § 328 BGB - handelt.[2)] Eine ausdrückliche Regelung des Kontrahierungszwangs ist eigentlich nicht erforderlich, da § 6 EnWG schon eine allgemeine gesetzliche Anschluß- und Versorgungspflicht eingeführt hat.

5. Die Abgabeklausel

In der Abgabeklausel vereinbaren die Gemeinden mit den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben die Höhe der von den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben zu erbringenden Leistung - genannt Konzessionsabgaben -, die in einem prozentualen Anteil an den Roheinnahmen des Unternehmens besteht. Die Konzessionsabgabe ist die Gegenleistung für die Zurverfügungstellung der öffentlichen Wege[3)] und die Gewährung des ausschließlichen Versorgungsrechts[4)]. Die Abgabeklausel ist kein eigenständiger Vertragstyp, sondern Teil der Gegenleistung der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe, die im Rahmen des Mietvertrages und des atypischen Vertrages zu erbringen ist und mithin auch deren Bestandteil.

6. Die Übernahme- und Heimfallklausel

Die von den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben in die Wegekörper eingebrachten Sachen wie Kabel, Masten, Rohre, Leitungen und Schienen oder ähnliche Anlagen bleiben im Eigentum des Unternehmens. Sie werden nicht wesentliche Bestandteile des fremden Grundeigentums im Sinne der §§ 93 und 94 BGB; sie bleiben vielmehr Scheinbestandteil im Sinne des § 95 BGB, da sie entweder

---

1) Vgl. Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, S. 28 ff.
2) Vgl. Schwinge, Der Gas- und Elektrizitätsversorgungsvertrag, Gruch Beiträge Band 70 S.162 ff.
3) Vgl. Wegenutzungsklausel
4) Vgl. Die Ausschließlichkeitsklausel

auf Grund einer Dienstbarkeit, also in Ausübung eines Rechts an einem Grundstück[1] oder auf Grund eines wenn auch langjährigen Mietvertrags, d.h. zu einem vorübergehenden Zweck[2] verbunden sind.[3] Damit wären die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe berechtigt und verpflichtet, nach Beendigung des Konzessionsvertrags ihre Anlagen aus dem Wegekörper zu entfernen. Aus kostensparenden Gründen wird jedoch eine entgeltliche Übernahme oder ein unentgeltlicher oder stark verbilligter Heimfall der Anlagen vereinbart[4], da die Gemeinde an der Erhaltung der Anlagen zur weiteren Versorgung der Bevölkerung interessiert ist.
Die Übernahme- bzw. Heimfallklausel gibt der Gemeinde das Recht, das Versorgungsunternehmen oder den Verkehrsbetrieb, d.h. einen Inbegriff von Sachen oder Sachgesamtheiten und Rechten zu erwerben; die Verpflichtung des Versorgungsunternehmens und des Verkehrsbetriebes besteht darin, diese Sachgesamtheiten zu übergeben.
Soweit die Übergabe gegen Entgelt oder Gegenleistung erfolgt, finden die Vorschriften über den Kaufvertrag[5] bzw. den Tauschvertrag[6] Anwendung.

Erfolgt die Übergabe ohne einen besonders vereinbarten Preis, liegt keine Schenkung oder gemischte Schenkung vor; denn es besteht eine Gegenleistung, die in den übrigen die Gemeinde zu Leistungen verpflichtenden Klauseln des Konzessionsvertrages zu sehen ist, wie z.B. in der Wegenutzungsklausel, Ausschließlichkeitsklausel oder aber auch in der Abgabeklausel. Es ist nämlich möglich, daß in Bezug auf das spätere Heimfallrecht die Konzessionsabgaben gering gehalten werden.

Die Rechtsgültigkeit der Übernahme- und Heimfallklausel scheitert nicht an § 310 BGB, nach dem ein Vertrag, durch den der eine Teil sich verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil

---

1) § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB
2) § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB
3) Vgl. Henke-Müller-Rumpf, Energiewirtschaft, S.111; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 S.573
4) Vgl. Bertram, Die Natur des Erwerbsrechts der öffentlichen Körperschaften gegenüber den beliehenen Unternehmen, VerwArch Band 38 S.389,392 ff.
5) §§ 433 ff. BGB
6) §§ 531 ff. BGB

hiervon zu übertragen, nichtig ist. Zwar gilt § 310 BGB auch für juristische Personen, aber einmal schließen die §§ 235 und 255 AktG für verschiedene Übertragungsfälle den § 310 BGB aus, zum anderen wird es sich in den Heimfallrechten immer um die Übertragung eines Inbegriffs von Vermögensgegenständen handeln, die nach Art und Umfang hinreichend bestimmt oder bestimmbar sind. Fischerhof[1] rechtfertigt die Rechtsgültigkeit dieser Klausel mit dem Hinweis darauf, daß es sich um die Übertragung eines Sondervermögens handelt.

7. Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung der einzelnen Vertragsklauseln kann festgestellt werden, daß der Konzessionsvertrag gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Vertragstypen und atypische Vertragsbestimmungen enthält, wobei kein bestimmter Vertragstyp überwiegt und dem Konzessionsvertrag einen bestimmten Vertragscharakter gibt. Die Versorgungs- und Verkehrswirtschaft hat sozusagen durch autonome Rechtsbildung im Konzessionsvertrag einen eigenständigen Vertragstyp entwickelt.[2]

IV. Rechtsnatur des Konzessionsvertrags

Die Rechtsnatur des Konzessionsvertrags ist sehr umstritten. Er wird teils ins private, teils ins öffentliche Recht eingeordnet. Dabei ist die Argumentation für die Einordnung ins öffentliche oder private Recht ganz unterschiedlich.

Friesenhahn[3] versucht mit dem Hinweis darauf, daß die öffentliche Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme Daseinsvorsorge sei und Daseinsvorsorge zum öffentlichen Recht gehöre, den öffentlichen Charakter des Konzessionsvertrages zu beweisen.

Auf den Begriff der Daseinsvorsorge wird sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Rechtslehre häufig zurückgegriffen, um gewisse Tätigkeiten des modernen Staates als öffentliche Verwaltung

---

1) Vgl. Fischerhof, Öffentliche Versorgung, in DÖV 1957 S.310 Anm.41

2) Vgl. Kodal, Straßenrecht, S.857

3) Vgl. Friesenhahn, Grundgesetz und Energiewirtschaft, in Probleme des Energierechts S.13 ff und in EltWi 1957 S.14 ff.

erfassen zu können.[1] Wie der Begriff Daseinsvorsorge zu verstehen ist, steht nicht eindeutig fest. Daseinsvorsorge definiert Forsthoff[2] als "die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensform verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist." Dieser Definition bedient sich Friesenhahn, um die Daseinsvorsorge der öffentlichen Verwaltung zuordnen zu können. Diese Definition, nach der die Daseinsvorsorge ganz der öffentlichen Verwaltung zugeordnet werden kann, ist aber zu weit gefaßt, da hiernach auch die Tätigkeit der Textilindustrie, des Lebensmittelhändlers, der Landwirtschaft u. dgl. als Daseinsvorsorge und damit nach Friesenhahn als öffentliche Verwaltung verstanden werden kann. Aus diesem Grunde hat Forsthoff eine Einschränkung des Daseinsvorsorgebegriffs vorgenommen. Nach seiner Ansicht leistet die industrielle Gesellschaft einen großen Teil zur Stabilisierung und Sicherung des individuellen Daseins. Er bezeichnet diese Funktion der industriellen Gesellschaft nicht als Daseinsvorsorge, weil ihr das öffentlichrechtliche, verwaltungsmäßige Element derselben fehlt, sondern als Daseinssicherung. Daseinsvorsorge ist also ausschließlich die Tätigkeit von Verwaltungsträgern; im Unterschied dazu darf die inhaltlich gleiche Tätigkeit von Privaten nur als Daseinssicherung bezeichnet werden.[3]

Zu Recht hat Maunz[4] die umfassendere Definition des Daseinsvorsorgebegriffs mit der Begründung abgewiesen, Daseinsvorsorge sei "eine wissenschaftliche Idee ohne verbindlichen Charakter", sie sei "ein soziologischer Begriff, aber kein rechtsnormativer". Der Begriff der Daseinsvorsorge kann formal nicht erfaßt werden,[5] insbesondere kann man die in ihr begründete Verwaltungstätigkeit nicht insgesamt dem öffentlichen oder privaten Recht zuschreiben. Nach Siedentopf[6]

---

1) Vgl. Siedentopf, Grenzen und Bindung der Kommunalwirtschaft, S.51
2) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S.7 und 11 f.
3) Forsthoff, Die Daseinsvorsorge in heutiger Sicht, in Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S.20 ff.
4) Vgl. Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, in VerwArch 1959, Band 50 S.318 ff.
5) Vgl. Fischerhof, Daseinsvorsorge und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in DÖV 1960, der die Daseinsvorsorge nicht als konkreten Rechtsbegriff, sondern allenfalls als "politisches Leitziel" ansieht.
6) Vgl. Siedentopf, Grenzen und Bindung der Kommunalwirtschaft S. 53

läßt sich die rechtliche Bedeutung nur aus dem Oberbegriff der öffentlichen Verwaltung ableiten, deren Teilfunktion die Daseinsvorsorge ist.

Es ist daher verfehlt, wenn Friesenhahn aus dem Begriff der Daseinsvorsorge die Konzessionsverträge dem öffentlichen Recht zuordnet.

Außer der Daseinsvorsorge führen Friesenhahn[1] und Huber[2] die Beleihung der Energieversorgungsunternehmen mit öffentlichen Aufgaben und die Bestimmungen des Energiewirtschaftsgesetzes, insbesondere die §§ 5 und 8 EWG, ins Feld, um die Tätigkeit der Versorgungsunternehmen und die Konzessionsverträge ins öffentliche Recht zu legen. Die Beleihung öffentlicher Unternehmen leitet Friesenhahn im Anschluß an Huber aus der Verleihung von Wege- und Wassernutzungsrechten her. Sie sehen in der wegerechtlichen Konzession "de facto eine echte Betriebskonzession"[3], "im engeren Sinne eine öffentlich-rechtliche Befugnis, kraft derer ein beliehener Unternehmer berechtigt ist, eine wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, für die kein Staatsvorbehalt besteht, für die die öffentliche Verwaltung jedoch ein Verleihungsrecht besitzt"[4].

Dieser Argumentation ist Maunz entgegengetreten.[5] Nach seiner Ansicht unterscheiden die Kommunalverfassungen zwischen öffentlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft. Da die Versorgungsunternehmen aber öffentliche Wirtschaftsaufgaben wahrnehmen, könnten sie keine öffentliche Verwaltung ausüben.

Diese Folgerung ist aber nicht zwingend. Mit der Frage, ob die kommunalen Wirtschaftsunternehmen öffentliche Verwaltung ausüben, hat sich Siedentopf eingehend auseinandergesetzt. Nach seiner Ansicht ist die Kommunalwirtschaft kein Kontrastbegriff mehr zur Verwaltung.[6] Die öffentliche Zweckbindung, der die Versorgungsunternehmen

---

1) Vgl. Friesenhahn in EltWi 1957, S.13
2) Vgl. Huber, Beliehene Verbände, in DVerwBl. 1952 S.456; ähnlich auch in Wirtschaftsverwaltungsrecht Band 1 S.533
3) Friesenhahn, EltWi 1957 S.13
4) Huber, DVerwBl. 1952 S.456
5) Vgl. Maunz, Grundprobleme, in VerwArch Band 50 S.329 ff. ebenso Forsthoff, DÖV 1957, S.308, ähnlich Ballerstedt, BB 1958 S.126; Zeiss, Eigenbetriebsrecht, S.53
6) Siedentopf, Grenzen und Bindung der Kommunalwirtschaft, S.54

in der Kommunalwirtschaft zu dienen haben, macht er zum Kriterium der öffentlichen Verwaltung. Damit begründet er u.a., daß Kommunalwirtschaft öffentliche Verwaltung ist.[1] Er räumt allerdings ein, daß die gemeindefremden Versorgungsunternehmen keine öffentliche Verwaltung ausüben.

Die These von den "beliehenen Unternehmen" ist aber aus weiteren Gründen abzulehnen.
Einmal ist es nicht möglich, eine "Beleihung" öffentlicher Unternehmen aus der "Verleihung" von Wasser- und Wegenutzungsrechten herzuleiten, da es eine Verleihung von Wegenutzungsrechten nicht mehr gibt.[2]

Zum anderen muß eine Beleihung immer auf Gesetz oder gesetzlich fundiertem Verleihungsakt beruhen.[3]

Huber kann aber keine derartige gesetzliche Fundierungen nachweisen. Er leitet die Beleihung aus der "Verleihung von Wege und Wassernutzungsrechten, aus denen in einer Art von gewohnheitsrechtlich legalisiertem detoumement de pouvoir mit Hilfe von weitgehenden Konzessionsbedingungen echte Wirtschaftkonzessionen entwickelt worden sind.[4]

Dagegen erheben sich aber starke Bedenken, da das Gewohnheitsrecht kaum eine gesetzlich fundierte Grundlage für die Beleihungen darstellt, es sei, das Gewohnheitsrecht kann nachgewiesen werden. Aus diesem Grunde stützt Friesenhahn den von ihm angenommenen Beleihungsakt auf das Energiewirtschaftsgesetz, und zwar auf dessen §§ 5 und 8. Nach seiner Ansicht ist die "apokryphe Betriebskonzession" durch das Energiewirtschaftsgesetz "rechtlich klar herausgestellt". "Die Versorgungsunternehmen wurden damit also in ihrer Qualität als beliehene Unternehmen der staatlichen Verwaltung zugeordnet."[5] Demgegenüber vertreten Darge-Melchinger-Rumpf[6] die

---

1) Siedentopf, Grenzen und Bindung der Kommunalwirtschaft, S.68 ff.
2) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht, § 48 II S.268
3) Huber selbst stellt diese Voraussetzung immer heraus, vgl. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 S.534
"Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und insbesondere die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Rechtssubjekte des privaten Rechts setzt eine Delegation seitens des Staates voraus."
4) Huber, Beliehene Verbände, in DVerwBl. 1952 S.456
5) Friesenhahn in EltWi 1957 S.14 f
6) Energiewirtschaftsgesetz, § 5 Anm. 2 S.126

Ansicht, daß das Energiewirtschaftsgesetz ausdrücklich davon absieht, eine allgemeine öffentlichrechtliche Genehmigung für den Betrieb der öffentlichen Energieversorgung einzuführen. Gewerbefreiheit, insbesondere die völlige Freiheit zum Abschluß von Versorgungs- und Konzessionsverträgen seien gewährleistet. Lediglich in der gewerberechtlichen Kontrolle über die Anlagen[1] und in der Unterstellung der Aufnahme der Energieversorgung anderer unter eine Genehmigung des Reichswirtschaftsministers sei der Regierung ein Mitspracherecht gegeben. Den gleichen Zweck sehen auch Eiser-Riederer-Sieder[2] in den Bestimmungen des EnWG.

Die Interpretation des Energiewirtschaftsgesetzes durch Friesenhahn steht mit den Prinzipien des Energiewirtschaftsgesetzes nicht in Einklang. Es ist gerade das Ziel des Energiewirtschaftsgesetzes, die privatrechtliche Ordnung zu bestätigen, sie aufrecht zu erhalten und sich mit Kontroll- und Lenkungsmaßnahmen zurückzuhalten.

Der Rechtscharakter der Konzessionsverträge läßt sich daher nicht nach dem von Huber und Friesenhahn eingeschlagenen Weg bestimmen.

Die Frage, ob die Konzessionsverträge dem öffentlichen Recht oder dem privaten Recht zu unterstellen sind, kann auch nicht mit Hilfe der Subjektions- oder Subordinationstheorie entschieden werden.[3] Nach dieser Theorie liegt ein öffentlichrechtliches Verhältnis grundsätzlich dann vor, wenn zwischen den Beteiligten ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht, das sich daraus ergibt, daß ein mit ursprünglicher Herrschaftsmacht ausgestattetes Gemeinwesen daran beteiligt ist.[4] Das öffentliche Recht ist Subordinationsrecht, das private Recht ist Koordinationsrecht. Die Bedenken, diese Theorie bei der Bestimmung des Rechtscharakters der Konzessionsverträge anzuwenden, ergeben sich daraus, daß es auch im privaten Recht Über- und Unterordnungsverhältnisse[5], und daß es aber insbesondere im

---

1) Vgl. § 4 EnWG
2) Energiewirtschaftsgesetz § 5 Anm. 2
3) Ein Subordinationsverhältnis besteht zwischen der Wegeordnungsbehörde und dem Wegebaulastträger einerseits und dem Versorgungsunternehmen und den Verkehrsbetrieben andererseits, da die Zustimmung i.d.R. auf Grund eines VA erteilt wird.
4) Vgl. BGHZ Band 14 S.277; BGH in DÖV 1958 S.862; vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, 8. Aufl., § 6, 2 S.99 ff.
5) z.B. Eltern-Kinder

öffentlichen Recht Gleichordnung[1] gibt. Vor allem aber läßt sich bei Leistungen, die die öffentliche Hand gewährt, meist nicht sagen, ob sie im Verhältnis der Über- und Unterordnung gewährt werden.
Diesen Bedenken trägt die sogenannte Subjekttheorie von Wolff[2] Rechnung. Nach dieser Theorie liegt der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht in der Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte. Die Träger hoheitlicher Gewalt sind hiernach insoweit Subjekte des Privatrechts, als sie sich derselben Rechtssätze bedienen, die für alle Rechtspersonen gelten. Sie handeln dagegen öffentlichrechtlich, wenn sie sich eines ihnen zugedachten Sonderrechts bedienen oder Tatbestände verwirklichen, die so nur von Trägern hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können.

Unterscheidet man die einzelnen Klauseln nach diesen Abgrenzungskriterien auf ihren öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Charakter, so ergibt sich folgendes Bild:

Die W e g e n u t z u n g s k l a u s e l beruht auf dem Eigentumsrecht des BGB[3]. Rechtsgrundlage der Vereinbarungen ist nicht ein Rechtssatz, der nur öffentlichrechtlichen Rechtsträgern zurechenbar ist, sondern ein Rechtssatz, der jedermann berechtigen und verpflichten kann. Damit liegt eine privatrechtliche Klausel vor.[4]

Die B e t r i e b s k l a u s e l beruht ebenfalls auf einem Rechtssatz[5], der jedermann zurechenbar ist. Die Betriebsklausel hat daher privatrechtlichen Charakter.[6]

Für die A u s s c h l i e ß l i c h k e i t s k l a u s e l gilt das gleiche. Das durch sie begründete Rechtsverhältnis fußt auf einem Rechtssatz, der nicht notwendig nur Hoheitsträgern zugeordnet ist.[7]

---

1) z.B. mehrere Gemeinden oder Länder untereinander
2) Vgl. Wolff, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, in AöR Band 76 S.205 ff.
3) § 905 BGB
4) BGH Band 15 S.115; Band 28 S.34 ff.
5) § 631 BGB
6) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 S.573
7) BGHZ Band 15 S.115, Didden, Konzessionsabgaben, S.120

Die K o n t r a h i e r u n g s k l a u s e l führt die auf § 6 EnWG gestützte Anschluß- und Versorgungspflicht an. Dieser Rechtssatz verpflichtet alle Versorgungsunternehmen, gleichgültig ob sie als Eigenbetrieb, Eigengesellschaft, gemischtwirtschaftliches oder reines Privatunternehmen geführt werden. § 6 EnWG berechtigt auch alle, die Strom, Wasser, Gas oder Wärme beziehen wollen. § 6 EnWG ist also ein Rechtssatz, der nicht notwendig nur öffentlichrechtliche Körperschaften berechtigen oder verpflichten kann. Damit ist er privatrechtlicher Natur.[1] Soweit die Kontrahierungsklausel sich auf § 328 BGB stützt, hat sie ebenfalls privatrechtlichen Charakter.

Bei der Erörterung über die A b g a b e k l a u s e l[2] wurde schon festgestellt, daß die Vereinbarung zur Leistung einer Konzessionsabgabe nicht als eigener Vertragsbestandteil anzusehen ist. Sie ist vielmehr Gegenleistung im Rahmen der Wege- und Ausschließlichkeitsklausel und teilt daher deren privatrechtlichen Charakter.[3]

Die Ü b e r n a h m e k l a u s e l enthält ebenfalls eine privatrechtliche Regelung.[4]

Damit kann festgestellt werden, daß die Klauseln des Konzessionsvertrages privatrechtlichen Charakter haben. Die Mitwirkung des Wegebaupflichtigen und der Wegeordnungsbehörde an dem Konzessionsvertrag beruht jedoch auf öffentlichem Recht. Es erhebt sich daher die Frage, ob das Nebeneinander von öffentlichem und privatem Recht in einem Rechtsverhältnis möglich ist, oder ob nicht der privatrechtliche bzw. der öffentlichrechtliche Charakter eines Teiles des Rechtsverhältnisses dem Gesamtverhältnis sein Gepräge gibt. Diese Ansicht wird vielfach vertreten.[5] Sie verkennt aber das Rechtsverhältnis als "Gefüge"[6], in dem verschiedenartige Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden und verwoben sein können, wie z.B. Gestaltungsformen des Vertrages mit denen des einseitig regelnden hoheitlichen

---

1) Vgl. Siebert, Privatrecht im Bereich der öffentlichen Verwaltung, S.224, 230 ff.
2) Vgl. S.95 ff.
3) BGHZ Band 15 S.115, Fischerhof, Öffentliche Versorgung DÖV 1957 S.307 ff.
4) Vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band 1 S.573, BGH, Rechtsbeil EltWi 1956 S.25
5) Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, S.132, Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Band 1 S.117 ff.; Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. S.50
6) Vgl. Larenz, Schuld-recht, Band 1 S.18

VA's. Die Aufgliederung des Konzessionsvertrages in die einzelnen Bestandteile ist für das Konzessionsverhältnis von besonderer Bedeutung, da dadurch erst die rechtliche Zuordnung vorgenommen werden kann.

Unter Berücksichtigung der möglichen Aufgliederung des komplexen Konzessionsverhältnisses konnte der Rechtscharakter der einzelnen Bestandteile festgestellt werden. Das Nebeneinander von privaten und öffentlichrechtlichen Bestandteilen ist ein typisches Merkmal des Konzessionsverhältnisses. Da die einzelnen Bestandteile rechtlich selbständig und gleichbedeutend sind, entfällt die Möglichkeit, das Konzessionsverhältnis einheitlich dem öffentlichen oder privaten Recht zuzuordnen. Das Konzessionsverhältnis ist daher ein "gemischtes Rechtsverhältnis"[1].

V. Der Rechtscharakter der Konzessionsabgaben

Nach § 1 Abs. 1 A/KAE sind KA "alle Entgelte, die ein Versorgungsunternehmen an eine Gemeinde, einen Gemeindeverband oder einen Zweckverband für die Gestattung der Benutzung der Verkehrsräume zur Verlegung von Versorgungsleitungen oder den Verzicht auf eine anderweitige Regelung der Versorgung im Gebiet der Gemeinde, des Gemeindeverbandes oder des Zweckverbandes entrichtet".

Aus der Bezeichnung Entgelt einen Schluß auf den privatrechtlichen Charakter der Leistungen zu ziehen, ist dogmatisch ebenso unrichtig, wie es verfehlt ist, aus der Verwendung des Begriffs Abgabe auf eine öffentlichrechtliche Beziehung zu schließen.

Entgelt läßt nur auf eine Gegenleistung schließen, präjudiziert aber keineswegs die privatrechtliche Natur des Austauschverhältnisses, wie Ballerstedt[2] meint. Entgelt ist ein neutraler Ausdruck, der keine Anhaltspunkte für die Beurteilung des Rechtscharakters einer Leistungsbeziehung gibt.

Abgaben werden zwar auf Grund öffentlichrechtlicher Vorschriften erbracht.[3]

---

1) Vgl. Kodal, Straßenrecht, S.855 ff.; Stern, S.323 ff.
2) Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben, in BB 1958 S.126
3) Vgl. Riewald, Kommentar zur Abgabenordnung, § 1 Anm. 4n; vgl. Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur Abgabenordnung RdNr. 3, 9, 19 ff.

Ein festumrissener Sprachgebrauch hat sich jedoch für den Abgabenbegriff nicht gebildet. Es erscheint auch unwahrscheinlich, daß die Verfasser der A/KAE nicht um den uneinheitlichen Sprachgebrauch wußten und ihn zu Gunsten einer spezifisch öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Gegenleistung in Anspruch nehmen wollten. Maßgebend für die Beurteilung des Rechtscharakters der Konzessionsabgaben ist die Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen die "Konzessionsabgaben" gezahlt werden. Von diesem Rechtsverhältnis ist die Beurteilung der Rechtsnatur der geforderten Leistung abhängig. Sie ist die Rechtsfolge des Rechtsverhältnisses. Es ist daher zu fragen, wofür die Konzessionsabgaben gezahlt werden. Nach der Definition der Konzessionsabgaben in § 1 A/KAE und nach der historischen Entwicklung werden Konzessionsabgaben für die Benutzung der Verkehrsräume und die Erteilung des ausschließlichen Versorgungsrechts gezahlt. Sie sind also die Gegenleistung im Rahmen des Mietvertrages (Wegebenutzungsklausel) und des atypischen Vertrages, in dem der Verzicht der Gemeinde auf anderweitige Versorgungsregelung erklärt wird (Ausschließlichkeitsklausel). Die Wegebenutzungs- und die Ausschließlichkeitsklausel sind privatrechtlicher Natur. Die Konzessionsabgabe ist daher ein privatrechtliches Entgelt, da sie auf Grund von Rechtsverhältnissen gezahlt wird, die dem Privatrecht zugeordnet werden.[1] Es kommt jedoch auch vor, daß die Eigenbetriebe mit den Muttergemeinden keine vertraglichen Vereinbarungen bezüglich der Konzessionsabgabenzahlung treffen, sondern die Konzessionsabgaben nach den gesetzlich zulässigen Höchstsätzen entsprechend der Konzessionsabgabenordnung und der sie ergänzenden Rechtsvorschriften leisten.[2] In diesen Fällen sind die Konzessionsabgaben ein öffentlichrechtliches Entgelt, da ihre Zahlung auf Rechtssätzen beruht, der KAE, A/KAE und D/KAE, die nur einem öffentlichrechtlichen Rechtsträger zuzurechnen sind.[3]

---

1) BGHZ Band 15 S.115; BGH in BB 1958 S.321; vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S.107; Fischerhof, Öffentliche Versorgung, in DÖV 1957 S.309; Fickert, "Sondernutzung" und "sonstige Benutzung" im Straßengesetz NW, Mitteilungen nwStädtebund 1964, S.217; Kodal, Straßenrecht, S.854

2) Mit überregionalen Versorgungsunternehmen werden aus Gründen der Rechtssicherheit immer Konzessionsverträge geschlossen.

3) Vgl. auch den Aufsatz von Sommer in DVerwBl. 1951 S.227 f., nach dessen Ansicht die Konzessionsabgabe als Gebühr, besonders geartete Konzessionsabgabe, ebensogut aber auch als privates Entgelt für die Überlassung der Straßen und Wege betrachtet werden kann, je nachdem, wie man die Konzessionsabgaben konstruiert.

Diese Fälle bilden jedoch eine Ausnahme. In der Regel besteht auch zwischen den Gemeinden und ihren Eigenbetrieben bezüglich der Zahlung von Konzessionsabgaben ein Vertragsverhältnis, auf Grund dessen die Eigenbetriebe die Konzessionsabgabe für die Benutzung der öffentlichen Wege und die Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts zahlen, so daß, abgesehen von einigen Ausnahmen, die Konzessionsabgaben als privatrechtliches Entgelt aufgefaßt werden können.[1)]

Dritter Hauptteil

DIE KA ALS PREISRECHTLICHES PROBLEM

A. Die Rechtsentwicklung bis zum Erlaß der KAE

Die zunehmende Überwindung der Wirtschaftskrise nach dem ersten Weltkrieg wirkte sich auch auf die Versorgungswirtschaft aus. Die Versorgungsanlagen wurden ständig ausgebaut. Der Staat versuchte nach der Änderung in der Wirtschaftsauffassung im Jahre 1933 in immer stärkerem Maße seinen Einfluß auf die Versorgungsbetriebe geltend zu machen, und war bemüht, eine Vereinheitlichung und Verbilligung der Energiepreise herbeizuführen. In Gutachten und Berichten[2)] wurde die Beseitigung der KA durch ein Reichsgesetz als Voraussetzung für eine nachhaltige Senkung der Energiepreise gefordert. Diese Bestrebungen fanden den Widerspruch der Gemeinden, soweit eine Kostensenkung zu Lasten ihrer fiskalischen Wünsche verwirklicht werden sollte. Die Forderung nach einer Tarifsenkung einerseits und die fiskalischen Interessen der Gemeinden andererseits führten zu einem unüberbrückbaren Gegensatz, der ein staatliches Eingreifen auf dem Gebiet der KA immer dringlicher machte.

---

1) Vgl. Anm. 1 S. 83

2) Vgl. "Gutachten über die in der deutschen Elektrizitätswirtschaft zur Förderung des Gemeinnutzes notwendigen Maßnahmen" erstattet von der AG für Deutsche Elektrizitätswirtschaft und "Bericht über Aufgaben in der Elektrowirtschaft" erstattet von Endrucks und Willing, veröffentlicht in Friedrich, Staat und Energiewirtschaft, S. 62 f.

In dem 1935 erlassenen Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft[1] wurde dem Reichswirtschaftsminister in § 12 die Ermächtigung erteilt, allgemeine Vorschriften oder Einzelanordnungen über die Zulässigkeit und Bemessung von "Benutzungsgebühren oder sonstigen Entschädigungen" für die Benutzung von Straßen und Verkehrswegen jeder Art durch Versorgungsunternehmen" zu erlassen. Von dieser Ermächtigung hat der Reichswirtschaftsminister jedoch nur in wenigen Einzelanordnungen Gebrauch gemacht, so daß die praktische Auswirkung des Energiewirtschaftsgesetzes auf das Konzessionsabgabenrecht sehr gering war.

Ein wesentlicher Eingriff in das KA-Recht erfolgte durch die VO über das Verbot von Preiserhöhungen - PreisstopVO[2] - im Jahre 1936, die Preiserhöhungen jeder Art auch für Entgelte, Gebühren und Beiträge rückwirkend vom 17.10.1936 verbot. In einem Erlaß des Reichskommissars für Preisbildung[3] wurde ausdrücklich festgestellt, daß die PreisstopVO auch auf KA anwendbar sei. Seit dieser Zeit konnten daher KA weder neu eingeführt noch neu vereinbart werden, es sei denn, daß hierfür eine Ausnahmegenehmigung nach § 3 PreisstopVO erteilt worden war.

Für die Gemeinden bestand zunächst kein Anlaß, von ihren Betrieben KA zu erheben, weil die gemeindlichen Betriebe von der Körperschaft-steuer befreit waren und den Gemeinden somit ohnehin der ganze Gewinn zustand. Dieses Steuerprivileg der Versorgungsunternehmen wurde jedoch bald beseitigt.[4]

Durch die PreisstopVO und den Fortfall des Körperschaft-steuerprivilegs der öffentlichen Versorgungsunternehmen entstand ein krasser Unterschied in der Handhabung des KA-Rechts. Es wurde eine Untersuchung durchgeführt, um die unterschiedlichen Belastungen der Versorgungsunternehmen festzustellen. Das Ergebnis dieser Untersuchung bildete die Grundlage für die Festlegung der angemessenen und künftig höchst zulässigen KA. Die bei der

---

1) Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935 RGBl. I 1451
2) VO über das Verbot von Preiserhöhungen vom 26.11.1936 RGBl. I S.955
3) RdErl des RfPr vom 26.11.1937 - S 2506 - 15 III
4) Auf dieses Steuerprivileg wird bei der Behandlung der Konzessionsabgaben als steuerrechtliches Problem im IV. Hauptteil näher eingegangen, vgl. S. 98 ff.

Erhebung gesammelten Erfahrungen und Erkenntnisse über Umfang und Ausmaß der KA in den einzelnen Versorgungsunternehmerformen haben zu der preisrechtlichen KAE vom 8.3.1941 geführt, deren Bestimmungen mit preisrechtlicher und teilweise auch mit steuerrechtlicher Wirkung für die Versorgungswirtschaft seitdem verbindlich geworden sind.

Die KAE ist später ergänzt und erweitert worden durch die A/KAE[1] und die D/KAE[2] vom 27.2.1943. Außerdem hat der Reichskommissar für die Preisbildung in zahlreichen Mitteilungen, Einzelanordnungen und Auslegungsvorschriften zu strittigen Fragen der KA-Neuregelung Stellung genommen.[3]

B. Die materielle Regelung des KA-Rechts durch die KAE, A/KAE und D/KAE

I. Ermächtigungsgrundlage und Rechtsgültigkeit der KAE, A/KAE und D/KAE

Nach § 2 Abs. 2 des Preisbildungsgesetzes war der Preiskommissar ermächtigt, die zur Sicherung volkswirtschaftlich gerechtfertigter Preise und Entgelte erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese Ermächtigung war ganz allgemeiner Art.[4] Sie umfaßte daher einmal die Befugnis, die Verbraucherpreise - Abnehmertarife - unmittelbar zu regeln, zum anderen die diese Preise bestimmenden Faktoren, zu denen auch die KA gehören, unter dem Gesichtspunkt der Preispolitik zu gestalten. Die Ermächtigung des § 2 Abs. 2 Preisbildungsgesetz deckte daher zweifellos die Herabsetzung der KA auf bestimmte Höchstsätze. Ob die Befugnisse des Preiskommissars jedoch soweit gingen, jedes Entgelt in den Fällen zu verbieten, in denen nach seiner Ansicht ein Entgelt nicht

---

1) A/KAE vom 27.2.1943 RAnz Nr. 75 vom 31.3.1943, MittBl. I A vom 12.4.1943 S.226
2) D/KAE vom 27.2.1943 MittBl. des RfPr I S.228
3) ErlRfPr vom 19.7.1941 - VII/64 - 4958 - 41, abgedr. bei Darge/Melchinger/Rumpf, Teil II Textteil S.138a; ErlRfPr vom 11.9.1943 - VII/7 - 71 - 2435; Darge/Melchinger/Rumpf, Teil II Textteil S.353, ErlRfPr vom 15.3.1944 - VII/7 - 64 - 418/44, MttBl. I S.130
4) Vgl. Wohlhaupt/Rentrop/Bertelsmann, Die gesamten Preisbildungsvorschriften, I, 4.Einleitung; RGZ 165 S.226 (230)

gerechtfertigt war, mag dahingestellt bleiben, da das Energiewirtschaftsgesetz in § 12 eine Vorschrift enthält, die als Rechtsgrundlage zum Erlaß der KAE dienen konnte. Nach § 12 EnWG konnte der Reichswirtschaftsminister allgemeine Vorschriften über die Zulässigkeit von Benutzungsgebühren oder sonstigen Entschädigungen für die Benutzung von Straßen und Verkehrswegen aller Art erlassen. Diese Ermächtigung deckt nicht nur die Herabsetzung, sondern auch die Beseitigung von Preisen und Entgelten, soweit es sich um Benutzungsgebühren oder sonstige Entschädigungen handelt. Als Benutzungsgebühren oder sonstige Entschädigungen sind nicht nur das Entgelt für die Wegebenutzung, sondern auch das Entgelt für die Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts anzusehen. Die KA erreichten oft eine sehr beträchtliche Höhe, die über ein angemessenes Entgelt für die eigentliche Grundstücksüberlassung meist weit hinaus ging. Trotz aller Bedenken mußten sie aber in Kauf genommen werden, da nur durch ihre Vereinbarung die unwirtschaftliche Konkurrenz mehrerer Versorgungsunternehmer verhindert werden konnte. Mit Inkrafttreten des EnWG waren aber der Energieaufsichtsbehörde Mittel in die Hand gegeben, die für die Energiewirtschaft im volkswirtschaftlichen Interesse erforderlichen Maßnahmen anzuordnen. Damit hatten die KA-Vereinbarungen ihre frühere richtige Funktion insoweit verloren, als sie über ein angemessenes Entgelt für die tatsächliche Grundstücksbenutzung hinausgingen. Dieser Umstand hat daher Anlaß für die Ermächtigung gegeben.[1)]

Ermächtigungsgrundlage für die KAE waren also sowohl die allgemeinen Vorschriften über die Befugnisse, Rechte und Pflichten des Preiskommissars - § 2 Abs. 2 Preisbildungsgesetz - als auch § 12 EnWG, wenn auch der Preiskommissar selbst den Erlaß auf § 2 Abs. 2 Preisbildungsgesetz gestützt hat.-

Die formelle Rechtsgültigkeit der KAE kann nicht deswegen in Zweifel gezogen werden, weil die KAE vom Preiskommissar und nicht vom Beauftragten für den Vierjahresplan erlassen wurde. Zwar bestimmt § 3 des Preisbildungsgesetzes, daß der Preiskommissar dem Beauftragten für den Vierjahresplan die erforderlichen Rechtsverordnungen vorschlägt. Zur Zeit des Erlasses der KAE hatte sich aber das

1) Vgl. Eiser/Riederer, Energiewirtschaftsrecht , III, S.235, S.267

Gewohnheitsrecht gebildet, daß der Preiskommissar nach eingeholter Zustimmung des Beauftragten für den Vierjahresplan selbst Gesetze und Verordnungen ausfertigt.[1)]

Außerdem war in den ersten grundlegenden Vorschriften über die Stellung und Befugnisse des Preiskommissars nach dem Vierjahresplan klargestellt, daß alle preisrechtlichen Befugnisse der verschiedensten obersten Reichsbehörden in der Hand des Preiskommissars vereinigt werden.[2)]

Die KAE ist auch nicht deshalb rechtsungültig, weil der Preiskommissar die KAE lediglich auf seine Preisbefugnisse und nicht auf § 12 EnWG gestützt hat. Im Unterschied zu der heutigen Regelung durch Art. 80 GG war nach der Weimarer Verfassung - Art. 77 - für Rechtsverordnungen keine Bezugnahme auf das die Verordnung stützende Gesetz vorgeschrieben.

In den Nachkriegsjahren wurde zunächst an diesem Rechtszustand des Konzessionsabgabenrechts festgehalten. Nach der Währungsreform war auf Grund Art. II des Leitsätzegesetzes für die Bewirtschaftung und Preispolitik der Direktor der Verwaltung für Wirtschaft ermächtigt, die Preisvorschriften außer Kraft zu setzen. § 4 Abs. 1 Nr. 2 der Preisfreigabeanordnung[3)] bestimmte, daß bis auf einige Vorbehalte, zu denen die KAE ausdrücklich nicht gehörte, die Vorschriften des Preisbildungsgesetzes nicht mehr anzuwenden sind, soweit sie eine Regelung über Preise, Preisbestandteile, Entgelte oder Zahlungsbedingungen enthalten. Daraus wurde gefolgert, daß die KAE keine preisrechtliche Bedeutung mehr habe und die KA kein Preisteil der noch gestoppten Energiepreise sei, sondern Miete[4)]. Die KAE bilde nur noch steuerlich unverändert

---

1) Vgl. Wohlhaupt/Rentrop/Bertelsmann, Die gesamten Preisbildungsvorschriften, I Bem. 24 zu § 3 Preisbildungs-G; Pfundter/Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht III e 13 S. 45

2) Vgl. Ruzek, Rechtsgrundlagen der Konzessionsabgabe und der Konzessionsabgabenanordnung S.14

3) AO über Preisbildung und Preisüberwachung nach der Währungsreform vom 25.6.1948 WiGBl. 1948 S.61

4) Vgl. Ruzek, Rechtsgrundlagen der Konzessionsabgaben, S. 14

die Grundlage für die Bestimmung der Abzugsfähigkeit von KA.[1] Der Direktor der Verwaltung für Wirtschaft bestimmte jedoch durch Anordnung vom 26.2.1949[2], deren Rechtsgültigkeit durch das Preisgesetz gegeben ist,[3] daß auch die KAE zu den preisgestoppten Vergütungen gehört. Damit sind die KAE und die dazu ergangenen Ergänzungen rechtsgültig. Solange das Preisgesetz weiter gilt, ist die KA preisrechtlich nach den Vorschriften der KAE, A/KAE und D/KAE zu beurteilen.[4]

II. Eingriffe in das KA-Recht

Die materielle Grundlage für die preisrechtliche KA-Regelung bilden die 12 Paragraphen der KAE, die durch 22 Paragraphen der A/KAE und 77 Ziffern der D/KAE nicht nur ergänzt, sondern auch erweitert und eingeschränkt worden sind. Dabei ging die KAE über die sich aus der bisher geschilderten Rechtsentwicklung ergebenden Notwendigkeiten hinaus. Die KAE enthält eine energiewirtschaftspolitische Zielsetzung, die in der Begrenzung und schrittweisen Beseitigung der KA liegen und mit preislichen Mitteln durchgesetzt werden sollte. Diese Zielsetzung ist der KAE in der Präambel vorangestellt, wenn es heißt, daß die Versorgungsunternehmen von betriebsfremden Abgaben entlastet werden sollen.

Aus der Systematik der KAE kann man entnehmen, daß die KA durch die KAE in mehrfacher Hinsicht begrenzt werden:

1. Die KAE enthält den Abgabenstop und verbietet die Neueinführung von KA.

2. Die Zahlung von KA an Gemeindeverbände und Zweckverbände wird verboten.

---

1) Vgl. Ballerstedt, Die KA der Energie- und Wasserversorgungsbetriebe in der preislichen Neuordnung, Deutsche Verwaltung 1949 S.6
2) VfWMBl. II vom 17.3.1949
3) Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung (Preisgesetz) vom 10.4.1948 (WiGBl. 1948 S.27)
4) Weber, Staats- und verfassungsrechtliches Gutachten; Didden, Konzessionsabgaben, S.166; Braun, Konzessionsabgabenrecht, S.54; Ruzek, Probleme des Energierechts, S.15, BGHZ Band 15 S.113, OLG Hamm, Urt. vom 10.11.1952 in ET 1952 Nr. 14 S.215; Marschall, Bundesfernstraßengesetz, § 8 S.345

3. Den KA werden "sonstige" Leistungen gleichgestellt und von ähnlichen Leistungen abgegrenzt.

4. Die im letzten Geschäftsjahr gezahlten KA und "sonstigen" Leistungen müssen in v.H.-Sätzen der Roheinnahmen umgerechnet werden. Die Anwendung dieser v.H.-Sätze wird durch Höchstsätze begrenzt.

5. Innerhalb dieser Höchstsätze wird die Zahlung der KA davon abhängig gemacht, daß die ordnungsmäßige Weiterführung des Unternehmens hierdurch nicht gefährdet und eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals gesichert ist.

1. Begrenzung der KA durch Abgabenstop und Verbot der Neueinführung

a) § 1 Abs. 1 KAE enthält den Abgabenstop (Erhöhungsverbot) bestehender KA. Die Zahlung von KA ist nach dem 8.3.1941 nur noch in der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Höhe zulässig.

b) Das Verbot der Neueinführung von KA ist in den §§ 1 Abs. 1 und 8 Abs. 1 KAE und in Ziff. 5,6 und 27c D/KAE ausgesprochen. Unter Neueinführung ist jedoch nur die e r s t m a l i g e Einführung von KA zu verstehen.[1)]

2. Begrenzung der KA durch Zahlungsverbot an Gemeindeverbände, Zweckverbände und Gemeinden unter 3.000 Einwohnern

a) Als Vertragspartner der Versorgungsunternehmen traten nicht nur die Gemeinden auf, sondern auch Gemeindeverbände - Landkreise, Ämter und Provinzen - und Zweckverbände. Die KAE hat die Erhebung von KA durch derartige öffentlich-rechtliche Verbände selbst untersagt, hingegen die Weiterzahlung der KA an die einzelnen Gemeinden im Rahmen der sonstigen Beschränkungen zugelassen. So bestimmen die §§ 1 Abs. 1 und 3 KAE, § 1 Abs. 2 und § 6 A/KAE und Ziff. 18 - 26 D/KAE, daß keine KA an Gemeindeverbände und an Zweckverbände gezahlt werden dürfen. Dieses Zahlungsverbot wird damit begründet, daß die KA in den meisten Fällen die Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen gerade der Gebiete belasten, deren Siedlungsdichte starke Streuung aufweist und hinter der Siedlungsdichte städtischer Versorgungsbetriebe zurückbleibt. Eine Sonderregelung gilt

1) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S. 174

jedoch für die Landkreise. Danach können Landkreise, die vor dem 1.4.1941 neben oder anstelle von kreisangehörigen Gemeinden KA erhoben haben, bis zum Abschluß des dem Kriegsende folgenden Geschäftsjahres KA verlangen. Diese Regelung für Landkreise gilt auch heute noch, weil formell juristisch die "Beendigung des Krieges" nach einhelliger Auffassung in Rechtslehre[1] und Rechtsprechung[2] noch nicht eingetreten ist.

b) In § 2 Abs. 1 KAE in der Fassung vom 4.3.1941 ist das Zahlungsverbot an Gemeinden unter 3.000 Einwohnern aufgestellt, das aber durch das KAE-Änderungsgesetz vom 24.12.1956[3] aufgehoben wurde. Das Zahlungsverbot war aus dem Grunde in die KAE aufgenommen, weil die Gewinnchancen der Versorgungsunternehmen in dünn besiedelten ländlichen Gegenden bedeutend geringer sind als in den größeren und dicht besiedelten Städten.

3. Begrenzung der KA durch Gleichstellung "sonstiger Leistungen" mit der KA sowie Abgrenzung "ähnlicher Leistungen" von der KA

a) Beim Abschluß von Konzessionsverträgen hatten sich die Gemeinden von den Versorgungsunternehmen oft Leistungen ausbedungen, die nicht immer in laufenden Zahlungen bestanden und nicht als KA bezeichnet wurden, die ihrem Wesen und ihrer wirtschaftlichen Natur nach aber nichts anderes als Entgelte für die Wegebenutzung und für die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts darstellten. Diese Leistungen sind im Grunde genommen auch KA. Alle diejenigen laufenden oder einmaligen Leistungen der Versorgungsunternehmen an die Gemeinden, zu denen Finanzzuschläge, unangemessen hohe Verwaltungskostenbeiträge, unentgeltliche und verbilligte Sachleistungen, überhöhte Leistungen auf Grund von Pacht und Kaufverträgen und willkürliche Gewinnausschüttungen gehören, sind ab 1.4.1941 weggefallen. Diese Leistungen waren ungerechtfertigt, da der Begriff der KA durch die KAE fest umrissen war. Allerdings

---

1) Vgl. Deubig, Recht der Konzessionsabgaben, S.17; Didden, Konzessionsabgaben, S.209; Eiser-Riederer, Energiewirtschaftsrecht 1954 III S.249

2) Z.B. Oberster Gerichtshof für die brit.Zone, Urteil v.8.7.1948 - ZS 65/48, Auch das Gesetz über die Aufhebung von Kriegsvorschriften vom 14.6.1951, BGBl. I S.391 - berührt die KAE nicht.

3) BGBl. I S. 1956

läßt die KAE die Möglichkeit offen, diese Leistungen durch anderweitige Leistungen zu ersetzen, da sich sonst unbillige Härten ergeben mußten, wenn bis zum 1.4.1941 überhaupt keine oder nur geringe KA gezahlt woeden sind und von den Versorgungsunternehmen lediglich "sondtige Leistungen" erbracht worden sind, deren Entrichtung durch die KAE verboten werden.

b) Neben diesen dem Abbau verfallenen "sonstigen Leistungen" der Versorgungsunternehmen an die Gemeinden sieht die KAE eine Anzahl von Leistungen vor, die nicht den KA gleichgestellt sind und auch nach Erlaß der KAE neben den KA als selbständige Leistungen bestehen dürfen. Unter diese noch möglichen Leistungen fallen:

a´) die Abgrenzungsentschädigungen oder Demarkationsentgelte - § 2 A/KAE, Ziff. 3 D/KAE -. Sie sind Entgelte, die für die Überlassung b e s t i m m t e r Versorgungsgebiete oder einzelner Abnehmer bzw. Abnehmergruppen zu entrichten sind.

b´) die Wegebenutzungsgebühren und Anerkennungsgebühren - § 9 A/KAE i.V.m. § 6 KAE; Ziff. 2 D/KAE -, die häufig auch Bezeigungsgelder genannt werden. Sie sind das Entgelt eines Versorgungsunternehmens für die bloße Durchleitung sowie für Kreuzungs- oder Längsbenutzung öffentlicher Verkehrsräume; es darf jedoch keine Versorgung von Letztverbrauchern in der betreffenden Gemeinde durchgeführt werden.

c´) die Wegeinstandhaltungskosten - Ziff. 45 D/KAE.

d´) Aufwendungen in Erfüllung der Folgepflicht - § 10a A/KAE; Ziff. 45 D/KAE -. Diese Aufwendungen sind die Kosten für die Leitungsänderungen, die aus Gründen der Verkehrssicherheit oder des Straßenbaus oder aus anderen Gründen, die im öffentlichen Interesse liegen, durchgeführt werden müssen.

e´) Ebenfalls zu den noch möglichen Leistungen, die nicht als KAE zählen, gehören die Leistungen der Wasserwerke für öffentliche Zwecke. Bei den Wasserwerken war es bereits von jeher üblich, die Wasserlieferungen für öffentliche Zwecke unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

4. Begrenzung der KA durch Vereinheitlichung der KA hinsichtlich der Bemessungsgrundlagen und Bemessungsformen

Die Vereinheitlichung der Bemessungsgrundlagen und der Bemessungsformen hat wesentlich dazu beigetragen, daß für die Versorgungsunternehmen eine durchsichtigere und zweifelsfreiere Anwendung des KA-Rechts ermöglicht wurde. Bis zur KA-Neuregelung durch die KAE bestand trotz des Erlasses des Reichsfinanzministers vom 20. 8.1938[1)], in dem ausdrücklich betont wurde, daß die von privaten oder gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen gezahlten KA ein Maßstab für die Angemessenheit der KA öffentlicher Betriebe sein sollte, keine einheitliche Meinung darüber, wann eine KA angemessen ist. Auch wurde keine einheitliche Bemessungsgrundlage verwandt. Meist wurde die KA in Form einer Abgabe auf den Umsatz, nach Höhe des Jahresüberschusses oder nach den laufenden Metern des insgesamt verlegten Leitungs- bzw. Rohrnetzes gezahlt.

a) Die Vereinheitlichung der Bemessungsgrundlage

Nach § 2 Abs. 1 sowie § 4 Abs. 1 und 3 KAE und Ziff. 9,10,12,13, 16 und 27b D/KAE kann bei der Berechnung der KA nur noch von den Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher ausgegangen werden. Als Roheinnahme gelten die Ist-Einnahmen; das sind bei Unternehmen mit kaufmännischer Buchführung die Erträge aus Versorgungsleistungen des jeweiligen Geschäfts- bzw. Rechnungsjahres des Versorgungsunternehmens.

b) Die Vereinheitlichung der Bemessungsformen

Die §§ 2 und 8 Abs. 2 KAE, §§ 3 und 5 Abs. 1 KAE und Ziff. 17 und 29 D/KAE enthalten die Bestimmungen für die Vereinheitlichung der Bemessungsformen. Die Vereinheitlichung der Bemessungsformen ist in der Weise erfolgt, daß die Erhebung von KA nur nach Hundertsätzen der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher zugelassen wird. Dabei passen sich die Bestimmungen über die Vereinheitlichung der Bemessungsformen in zweifacher Hinsicht der Ertragskraft der Versorgungsunternehmen an. Sie berücksichtigen einerseits die sich aus der Versorgungsdichte des Absatzgebietes

1) Erl. RdF vom 20.8.1938 - S.2506 - 15/III; RStBl. 1938 S.801

ergebenden unterschiedlichen Gewinnchancen durch Staffelung der KA-Höchstsätze nach Gemeindegrößenklassen und andererseits die Abnehmerstruktur des Versorgungsgebietes durch eine unterschiedliche KA-Belastung der Roheinnahmen aus Energielieferungsverträgen an Sonderabnehmer und Tarifabnehmer.

Energielieferungen zu ungewöhnlich niedrigen Durchschnittspreisen - 2,5 Pf/KWh oder 3 Pf/m^3 Gas - werden nicht mit KA belastet.

Für Energielieferungen, die auf gemäßigten Sonderverträgen beruhen, sieht die KAE eine KA von höchstens 1,5 % vor, da die Gewinnspanne auf Grund der bis zum letzten ausgehandelten Preise so knapp bemessen ist, daß eine höhere KA-Belastung nicht gerechtfertigt erscheint.

Energielieferungen auf Grund der allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreise werden mit einer höheren KA belastet. Die höchstzulässige Belastung der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher zu den allgemeinen Bedingungen und Tarifen ist je nach Gemeindegrößenklasse gestaffelt. Die Staffelung der KA-Höchstsätze nach Hundertsätzen der Roheinnahmen aus Lieferungen an Tarifabnehmer ergibt sich aus nachstehender Tabelle, wobei nach § 2 KAE eine Senkung der Sätze nach Kriegsende vorgesehen ist. Da jedoch das Kriegsende formell juristisch noch nicht eingetreten ist,[1)] gelten preisrechtlich weiterhin die sogenannten Kriegssätze.

KA in Prozent der Roheinnahmen

Einwohnerzahl der abgabeberechtigten Gemeinden	bis zum Ende des Krieges	nach Beendigung des Krieges
bis 25.000	10	10
25.001 - 100.000	15	12
100.001 - 500.000	18	15
über 500.000	20	18

Mit diesen unterschiedlichen Abgabenhundertsätzen soll den jeweiligen Verhältnissen in den einzelnen Versorgungsgebieten Rechnung getragen werden. Diese Einteilung wird jedoch den heutigen Verhältnissen nicht mehr gerecht. Für die Einstufung der Gemeinden

1) Vgl. hierzu S.91 Anm. 2 und 1

in Größenklassen war auch nach dem Kriege in der Regel die Volkszählung vom 17.5.1939 maßgebend. Durch die Zerstörung von Städten und die Bevölkerungsverschiebung in den Kriegs- und Nachkriegsjahren wurden die Gemeinden derartig unterschiedlichen Strukturwandlungen unterworfen, daß die Volkszählung von 1939 heute allgemein als ungeeigneter Maßstab für die Einstufung der Gemeinden in Größenklassen angesehen wird. Didden[1)] hat dieses Problem eingehend untersucht und durch Gegenüberstellung von Bevölkerungszahlen einzelner Städte nach den Volkszählungen von 1939, 1946 und 1950 die Unterschiedlichkeit in der Entwicklung dieser Gemeinden überzeugend dargestellt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß es im Interesse einer Anpassung an die tatsächlichen Bevölkerungszahlen zu wünschen sei, daß, solange an der derzeitigen KA-Regelung im Grundsatz festgehalten werde, künftig die neu ermittelten Einwohnerzahlen der KA-Berechnung zugrunde gelegt werden könnten, weil sich die Ergebnisse der Volkszählung von 1939 nicht mehr mit der derzeitigen Wirklichkeit deckten. Dieses Ergebnis scheint nicht unbedenklich zu sein, da man einerseits die auf dem Ergebnis der statistischen Erhebung der Reichsgruppe Energiewirtschaft von 1938 beruhenden Hundertsätze beibehält und andererseits die Bevölkerungszahlen von 1961 oder einer späteren Volkszählung als Berechnungsmaßstab zugrunde legen will.

5. Begrenzung der KA durch Vorschriften einer Mindestverzinsung des Eigenkapitals

Nach § 5 KAE, § 7 A/KAE und Ziff. 34 - 41 D/KAE dürfen KA dann nicht abgeführt werden, wenn eine ordnungsmäßige Weiterführung des Versorgungsunternehmens bei einer Zahlung der KA gefährdet wäre.

Eine ordnungsmäßige Weiterführung des Versorgungsunternehmens war nach Ansicht des Reichskommissars für die Preisbildung im allgemeinen nur dann gewährleistet, wenn Eigenbetrieb und Eigengesellschaft nach Abzug der Körperschaftsteuer und der KA noch einen Überschuß erwirtschaftet haben, der eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals und die Bildung ausreichender Rücklagen gestattet, bzw. wenn die sonstigen Versorgungsunternehmen auf das Stamm-

1) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S. 205

oder Gesellschaftskapital einen angemessenen Gewinn erwirtschaftet haben.

Die Ermittlung des angemessenen Gewinns hat durch eine Vergleichsrechnung zu erfolgen, in der der erwirtschaftete Gewinn einem sogenannten Mindestgewinn gegenübergestellt wird.

Der erwirtschaftete Gewinn setzt sich aus dem Handelsbilanzgewinn ohne Gewinn- und Verlustvortrag und der zu Lasten des laufenden Geschäftsjahres verbuchten Beträge an laufenden KA und Körperschaftsteuern zusammen. Als Mindestgewinn wird bei den Eigenbetrieben und Eigengesellschaften eine vierprozentige Verzinsung des Eigenkapitals[1)] zuzüglich der darauf entfallenden Körperschaftsteuer angesehen. Bei den sonstigen Versorgungsunternehmen zählt als Mindestgewinn eine vierprozentige Verzinsung des Grund-, Stamm- oder Gesellschaftskapitals zuzüglich der Körperschaftsteuer.

Nur für den Fall, daß der erwirtschaftete Gewinn (Handelsbilanzgewinn plus Zuschlag) den Mindestgewinn (Mindesverzinsung plus Körperschaftsteuer) übersteigt, ist eine Zahlung der KA zulässig. Eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals bzw. des Stamm-, Grund-, oder Gesellschaftskapitals ist also Voraussetzung für die Zahlung der KA. Durch die KA wird die Größe "Mindestgewinn" zum Kriterium für die Beurteilung, ob die ordnungsmäßige Weiterführung des Versorgungsunternehmens gefährdet ist oder nicht.

Die Feststellung, ob eine Gefährdung der ordnungsmäßigen Weiterführung des Versorgungsunternehmens vorliegt, ist jedes Jahr neu zu treffen. KA, die insoweit gekürzt werden müssen, können jedoch innerhalb der folgenden fünf Jahre nachgezahlt werden, sofern dann die ordnungsmäßige Weiterführung des Unternehmens nicht gefährdet ist.

Auffallend ist, daß die Körperschaftsteuer das Vorrecht vor der KA genießt und auch bei sinkendem Gewinn zu Lasten der KA gesichert

---

1) Die koordinierten Ländererlasse vom 16.1.1960 - BStBl. II S.10ff. gehen von 4 % von 40 % des Sachanlagevermögens aus, da dieser v.H.-Satz der Bezugsgröße der sonstigen Versorgungsunternehmen am ehesten gerecht wird.

ist. Diese Regelung beruht auf der steuerpolitischen Aufgabe der KAE, die darin besteht, zwischen Staat und Gemeinden eine angemessene Verteilung der Gewinne aus der Versorgungswirtschaft herbeizuführen. Ohne eine derartige Vorschrift würde der Staat bei sinkenden Überschüssen erhebliche Ausfälle an Körperschaftsteuer erleiden, während den Gemeinden die KA ungeschmälert zufließen würde.

C. Änderungen des KA-Rechts seit Erlaß der KAE

Das materielle Konzessionsabgabenrecht enthielt in § 2 Abs. 1 KAE das Zahlungsverbot von KA an Gemeinden unter 3.000 Einwohnern. Diese Bestimmung der KAE stellte eine der umstrittenen Vorschrift des KA-Rechts dar. Bei Erlaß dieser Bestimmung wandten die Gemeinden ein, daß der Fortfall der KA bei den Gemeinden unter 3.000 Einwohnern nicht berechtigt sei, wenn man die KA als Vergütung für den Wert eines Versorgungsgebietes ansehe. Es sei nicht einzusehen, weshalb kleinere Gemeinden gezwungen werden sollten, dieses Versorgungsrecht kostenlos zu übertragen.[1)]

Durch das KAE-Änderungsgesetz vom 24.12.1956[2)] wurde hinsichtlich der KA-Höchstsätze die Gleichstellung der Gemeinden bis zu 3.000 Einwohnern mit den Gemeinden bis zu 25.000 Einwohnern durchgeführt.

Das KAE-Änderungsgesetz hatte für die Gemeinden eine Reihe von Rechtsproblemen gebracht, zu denen die Arbeitsgemeinschaft "Energie" und die Bundesvereinigung kommunaler Spitzenverbände Stellung genommen haben.[3)] In dieser Stellungnahme heißt es u.a., daß das generelle Verbot der Neueinführung von KA - § 1 Abs. 1 KAE - durch das Änderungsgesetz nicht berührt wird und hinsichtlich der Gemeinden mit 3.000 und weniger Einwohnern bestehen bleibt. Eine Gemeinde unter 3.000 Einwohnern, die vor Erlaß der KAE keine KA erhalten hat, darf auch weiterhin keine KA erheben. Die früheren KA-Absprachen mit Gemeinden unter 3.000 Einwohnern seien endgültig zum Erlöschen gebracht und würden von selbst nicht wieder aufleben. In diesen Fällen bedarf es also einer erneuten KA-Vereinbarung.

---

1) Vgl. Zeiss, Wirtschaftliche Auswirkung der Besteuerung und der KA bei Versorgungsbetrieben, Vorträge, gehalten im SS 1950 vor dem energiewirtschaftlichen Institut in Köln, S.49
2) BGBl. I S.1076
3) Versorgungswirtschaft 1957 S.197

Das KAE-Änderungsgesetz vom 24.11.1956 ist die einzige g e s e t z l i c h e preisrechtliche Änderung, die das KA-Recht seit Erlaß der KAE erfahren hat.[1)]

Vierter Hauptteil

DIE STEUERLICHE BEHANDLUNG DER KA

A. Die KA und die Körperschaftsteuer

Die steuerliche Seite des KA-Problems nimmt für die Praxis eine entscheidende Stellung ein, insbesondere im Hinblick auf die die Höhe der Körperschaftsteuer betreffende Frage, ob die KA als Betriebsausgabe abzugsfähig ist, oder ob in der Zahlung der KA eine verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen ist. Dieses Problem betrifft vorwiegend die Eigenbetriebe und die Eigengesellschaften, da bei den privaten und gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen keine Zweifel bestehen, daß die an die Gemeinde gezahlten KA Betriebsausgaben i.S. des § 4 Abs. 4 EKStG sind, wenn die Gemeinde nicht zugleich auch Gesellschafterin des Versorgungsunternehmens ist. Bei den KA handelt es sich aber nicht nur um Betriebsaufwendungen der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe, die den körperschaftsteuerlichen Gewinn der Unternehmen mindern; die KA sind zugleich auch Einnahmen der Gemeinden, so daß die körperschaftsteuerliche Behandlung der KA bei der empfangsberechtigten Gemeinde zu untersuchen ist.

I. Die Entwicklung der Körperschaftsteuerpflicht bei den öffentlichen und privaten Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben und die Rechtsgrundlage für die körperschaftsteuerliche Behandlung

Die Heranziehung öffentlicher Versorgungsunternehmen zur Körperschaftsteuer ist in den letzten dreißig Jahren sehr unterschiedlich gewesen. Das Körperschaftsteuergesetz von 20.3.1920[2)], das

---

1) Auf die steuerliche Änderung wird erst bei der Behandlung der steuerlichen Bedeutung der KA eingegangen.

2) RGBl. I S.393

grundsätzlich alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts steuerpflichtig machte, stellte diejenigen öffentlichen Versorgungsbetriebe von der Körperschaftsteuer frei, deren Erträge ausschließlich den Gebietskörperschaften zufließen, die Eigentümer des Unternehmens sind. Mit dieser Steuerbefreiung der gemeindlichen Unternehmen, die damals meist in der Betriebsform des Regiebetriebs geführt wurden, wurde der Grundsatz der Allgemeinheit und Gleichheit der Besteuerung durchbrochen. Diese Regelung wurde damit begründet, daß die öffentlichen Versorgungsbetriebe auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge tätig sind und soziale Belange wahrnehmen.[1] Außerdem wurde argumentiert, daß die öffentlichen Versorgungsunternehmen nach dem Kostendeckungsprinzip arbeiteten und in Ermangelung der Erzielung eines wirtschaftlichen Gewinns eine Heranziehung zur Körperschaftsteuer sowieso nicht in Betracht käme. Die Versorgungsunternehmen versuchten jedoch bald, wie die übrigen privatrechtlichen Betriebe einen möglichst großen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen. Damit verlor das Steuerprivileg de facto seine Berechtigung, de iure wurde die Steuerfreiheit der öffentlichen Versorgungsunternehmen durch das Körperschaftsteuergesetz vom 10.8.1925[2] jedoch übernommen, allerdings mit der Einschränkung, daß die gemeindlichen Unternehmen nur insoweit von der Körperschaftsteuer befreit wurden, als sie Versorgungstätigkeit innerhalb der eigenen Gebietskörperschaft ausübten.[3] Die formale Beseitigung des Körperschaftsteuerprivilegs brachte die Steuerreform des Jahres 1934, wonach öffentliche Versorgungsunternehmen als Betriebe gewerblicher Art ohne Rücksicht auf Rechtsform voll körperschaftsteuerpflichtig wurden.[4] Für die Gemeinden bestand jedoch zunächst noch die Möglichkeit, die Körperschaftsteuerbeiträge vom Reich zurückzufordern. Dieser "Finanzausgleich" wurde durch § 39 Abs. 1 StAnp.G vom 16.10.1934[5] eingeführt, da die Einführung der Körperschaftsteuerpflicht zu einem Einnahmeausfall und zu einer Gefährdung der Finanzlage der Gemeinden geführt hatte. Im Jahre 1938 fiel dann diese Vergünstigung auch fort.[6]

1) Vgl. Westerfeldhaus/Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerliches und wirtschaftliches Problem, S.29 ff.
2) RGBl. S.208
3) § 2 Nr. 3b, § 7 Abs. 1 KörpStG
4) § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KörpStG vom 16.10.1934 RGBl. I S.1031
5) RGBl. I S.925
6) § 6 des 3. Gesetzes zur Änderung des Finanzausgleichs vom 31.7.1938 RGBl. I S.966

Der Reichsfinanzminister erklärte sich mit Erlaß vom 20.8.1938[1] grundsätzlich damit einverstanden, KA in angemessener Höhe künftig bei öffentlichen Versorgungsunternehmen als Betriebsausgabe zum Abzug zuzulassen. Als "angemessen" wurden die Beträge angesehen, die ein privates oder gemischtwirtschaftliches Unternehmen unter gleichen Verhältnissen zahlen würde. Von der Aufstellung einheitlicher Richtlinien über die Höhe "angemessener" KA hatte der Reichsfinanzminister abgesehen, weil die Verhältnisse seiner Ansicht nach zu unterschiedlich waren.

Dieser Erlaß des Reichsfinanzministers wird von Melchinger[2] in einem Gutachten abgelehnt, weil er als Ausgangspunkt einer Fehlentwicklung des Konzessionsabgabenrechts anzusehen sei. Nach seiner Ansicht hätte man nach Beseitigung der Körperschaftsteuerrücküberweisung dafür Sorge tragen müssen, daß unter den verschiedenen Trägern der Energieversorgung ein fairer Wettbewerb bei gleichzeitiger steuerlicher Gerechtigkeit stattfinden kann. Statt dessen sei das Reichsfinanzministerium durch seinen Erlaß vom 20.8.1938, der ohne Beteiligung der Energieaufsichtsbehörde ergangen ist, vorzeitig darauf festgelegt worden, daß "angemessene Konzessionsabgaben bei öffentlichen Versorgungsbetrieben stets als Betriebsausgabe anzuerkennen" seien. Damit sei die ganze Problemstellung auf eine falsche Ebene verschoben worden. Nach Melchingers Ansicht mußten logischerweise die Gewinne der Gemeinden aus ihren Eigenbetrieben auf der einen und ihre entsprechenden Einnahmen aus KA auf der anderen Seite steuerlich gleichgestellt werden. Statt dessen habe man die KA der Gemeinden von fremdversorgenden Versorgungsunternehmen steuerfrei gelassen und arbeite mit der Fiktion der KA als Betriebsausgaben. Damit sei auch den Eigenbetrieben der Gemeinden grundsätzlich die Absetzung der KA als Betriebsausgaben gestattet. Dies sei bisher aber handelsrechtlich nicht möglich, da Eigenbetrieb und Gemeinde dasselbe Rechtssubjekt sind. Seine Ansicht begründet Melchinger damit, daß die KA wirtschaftlich Gewinnbestandteile darstellen, die den Gemeinden von den fremdversorgenden Versorgungsunternehmen für ihren Verzicht auf eigene Versorgungstätigkeit und damit als Entschädigung für entgangenen Gewinn bezahlt werden. Nach seiner

---

1) Vgl. RdErl. des RdF vom 20.8.1938 - S.2506 - 15 III RGBl. S.801

2) Vgl. Melchinger, Notwendige Reform des Konzessionsabgabenrechts, S. 12

Meinung wird die KA zu Recht als Ausfluß und Ausdruck einer Monopolrente, und zwar speziell als Differentialrente bezeichnet.[1] Es muß aber bezweifelt werden, ob den Gemeinden mit einer Gewinnbeteiligung wirklich gedient ist. Die Gemeinden sind haushaltsrechtlich auf Einnahmen angewiesen, die sich im voraus in etwa berechnen lassen. Die KA stellen Einnahmen des ordentlichen Haushalts dar, deren Ausfall nicht ohne weiteres ausgeglichen werden kann. Eine KA-Einnahme in der Form einer Gewinnbeteiligung ist stets ungewiß und läßt sich zudem erst nach Ablauf des Wirtschaftsjahres feststellen.

Durch die Gleichstellung der öffentlichen Versorgungsunternehmen mit den übrigen Versorgungsunternehmen hinsichtlich ihrer körperschaftsteuerlichen Behandlung hatte auch die Frage der steuerlichen Anerkennung von KA als Betriebsabgaben aktuelle Bedeutung erlangt; während vorher die Finanzverwaltung nicht in dem gleichen Maße daran interessiert zu sein brauchte, ob Zahlungen in Form von KA oder aber als Körperschaftsteuern an die Gemeinden erfolgten, war die Finanzverwaltung mehr als bisher an einer steuerlichen Angleichung der öffentlichen Versorgungsunternehmen an die privaten und gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen interessiert, da nunmehr die Körperschaftsteuer der öffentlichen Versorgungsunternehmen nicht mehr den empfangsberechtigten Körperschaften, sondern dem Reich als Steuergläubiger zufiel. Der Reichsfinanzminister gab Richtlinien heraus, in denen die künftige steuerliche Behandlung der KA geregelt wurde.[2] Danach wurden in Zukunft bei den kommunalen Eigenbetrieben und Eigengesellschaften die Entgelte für die Einräumung des Wegenutzungsrechts und für den Verzicht auf anderweitige Versorgungsregelung - Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts - seitens der Gemeinde grundsätzlich als Betriebsausgaben anerkannt. Die Abzugsfähigkeit der KA der öffentlichen Versorgungsbetriebe wurde aber nur insoweit zugestanden, als diese Leistungen ihrer Höhe nach angemessen waren. Da z.Zt. der Veröffentlichung des Erlasses des Reichsfinanzministers noch keine einheitlichen Richtlinien über die Höhe angemessener KA aufgestellt waren, galten zunächst sehr allgemein gehaltene Grundsätze für die Ermittlung

---

1) Diese Gedankengänge Melchingers haben in den Erlassen der Länderfinanzminister Anklang gefunden, wenn zwischen sogenannten Beteiligungsfällen und Nichtbeteiligungsfällen unterschieden wird.
2) RdErl. des RdF vom 20.8.1938 - S.2506 - 15 III RStBl. 1938 S.801

angemessener KA. Angemessen war danach der Betrag, den ein privates oder gemischtwirtschaftliches Versorgungsunternehmen unter gleichartigen oder ähnlichen Verhältnissen zahlen würde. Außerdem wurden für die öffentlichen Versorgungsunternehmen die Einschränkung gemacht, daß eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals verbleiben sollte. Dieser Erlaß des Reichsfinanzministers konnte keine endgültige Lösung sein, da mit der Verweisung auf die KA vergleichbarer privater oder gemischtwirtschaftlicher Versorgungsunternehmen keine festen Gesichtspunkte gegeben waren. Erst die KAE vom 4.3.1941, die als preisrechtliche Vorschrift diente, bot die Voraussetzung dafür, daß nunmehr die steuerliche Seite der KA eindeutig behandelt werden konnte. Durch Erlaß vom 19.7.1941[1] ordnete der Reichsfinanzminister an, daß KA, deren Zahlung nach der KAE zulässig sei, auch steuerlich in jedem Falle als Betriebsausgaben abzugsfähig sein sollten. Diese Regelung wurde später in die Körperschaftsteuerrichtlinien übernommen.[2] Nur die nach der KAE preisrechtlich zulässigen KA wurden bei den öffentlichen Versorgungsunternehmen auch als steuerlich abzugsfähige Betriebsausgaben anerkannt.

Die Frage der Anerkennung von KA als abzugsfähige Betriebsausgaben der öffentlichen Versorgungsunternehmen kann für die Finanzverwaltung nur insoweit von Interesse sein, als Zweifel an dem steuerlichen Charakter der KA bestehen können; entweder sind die KA als Betriebsausgaben oder als verdeckte Gewinnausschüttung anzusehen.

II. Die KA als Betriebsausgabe oder verdeckte Gewinnausschüttung

Grundsätzlich sind die KA steuerrechtlich Betriebsausgaben im Sinne des § 4 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes, d.h. "Ausgaben, die durch den Betrieb veranlaßt sind." Dieser Grundsatz gilt allerdings, wenn die Gemeinde, die die Konzessionsabgabe erhält, an dem Versorgungsunternehmen beteiligt ist, nur insoweit, als die Konzessionsabgaben keine "verdeckte Gewinnausschüttung" darstellen.

Die verdeckte Gewinnausschüttung hat heute ihre gesetzliche Grundlage in § 6 Abs. 1 Satz 2 Körperschaftsteuergesetz[3] und in § 19

1) Erl. des RdF vom 19.7.1941 - S.2506 - 75 III - RStBl. 1941 S.529
2) Körperschaftsteuerrichtlinien Ziff. 23
3) i.d.F. vom 18.11.1958 BGBl. I S. 747

der Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung[1]. Im Körperschaftsteuergesetz 1934 wurde der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung zum ersten Mal in einen Gesetzestext aufgenommen, obwohl nach Meinung von Westerfeldhaus-Glade[2] dem Gesetzgeber der Begriff auch schon bei Abfassung des Körperschaftsteuergesetzes 1925 hätte bekannt sein müssen. Der Begriff wurde von der Rechtsprechung entwickelt und ist in § 19 der Körperschaftsteuer-Durchführungsverordnung durch Beispiele erläutert. Eine "verdeckte Gewinnausschüttung" ist stets dann gegeben, wenn Leistungen, die ein an einer Körperschaft "Beteiligter", z.B. der Gesellschafter einer GmbH oder der Aktionär einer AG, für seine Gesellschaft erbringt, höher vergütet werden als nach Lage der Dinge objektiv berechtigt ist. Das gleiche gilt auch für Gemeinden im Verhältnis zu ihren Eigenbetrieben. Voraussetzung ist also das Bestehen von gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen dem Vorteilsempfänger und der Gesellschaft. Für die KA der Gemeinden bedeutet das folgendes: Soweit zwischen der Gemeinde und dem die KA zahlenden Versorgungsunternehmen kein Beteiligungsverhältnis vorliegt, ist die KA stets Betriebsausgabe, selbst dann, wenn sie unter Verstoß gegen preisrechtliche Vorschriften gezahlt sein sollte. Ist eine Gemeinde Gesellschafterin eines gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmens, gelten für die steuerliche Behandlung der KA die gleichen Grundsätze, wie bei den KA eines öffentlichen Versorgungsunternehmens. In diesem Falle sind die KA nur soweit abzugsfähig, als die zu zahlenden KA nach den Vorschriften der preisrechtlichen KAE berechnet waren. Darüber hinausgehende Beträge wurden als verdeckte Gewinnausschüttung dem Gewinn des Versorgungsunternehmens, von dem sie als Betriebsausgaben abgesetzt worden waren, wieder hinzugerechnet.

In Ermangelung klarer Richtlinien bestand zunächst keine Rechtssicherheit bei der steuerlichen Abzugsfähigkeit der KA. Die Auffassung der Finanzbehörden über die steuerliche Abzugsfähigkeit ergab sich lediglich aus der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofes.

---

1) i.d.F. vom 5.8.1959 BGBl. I S. 625

2) Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, S. 29

1. Die Anerkennung der KA als Betriebsausgabe in der Rechtsprechung des RFH

In einem Urteil[1], das für alle weiteren Entscheidungen über die steuerliche Anerkennung der KA als Betriebsausgabe grundlegend war, hat der RFH zu der Frage Stellung genommen, ob alle Vergütungen eines gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmens an die Gesellschaftergemeinde unterschiedslos im Hinblick auf das bestehende gesellschaftliche Verhältnis erfolgen oder ob der Gesellschaftergemeinde auch unabhängig von ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung ein Vorteil zugewendet werden kann. Nach der Auffassung des RFH ist die Vergütung an eine Gesellschaftergemeinde nur insoweit als eine verdeckte Gewinnausschüttung zu sehen, als sie über ein Leistungsentgelt für eine entsprechende Gegenleistung hinausgeht. Es muß daher im Einzelfall geprüft werden, ob die an die Gesellschaftergemeinde gezahlten Beträge auf einer bestimmten, nicht gesellschaftsrechtlichen Gegenleistung beruhen und der Höhe nach ein angemessenes Entgelt darstellen. Nur in den Fällen kann von einer angemessenen Leistung gesprochen werden, wo sie in gleicher Höhe unter im übrigen gleichen Verhältnissen an einen Dritten zu zahlen wäre, der nicht Gesellschafter des Versorgungsunternehmens ist.

In weiteren Entscheidungen[2], in denen zu der Frage der steuerlichen Behandlung der KA Stellung genommen wird, sagt der RFH, daß für die Abzugsfähigkeit der KA die Vereinbarung ausschlaggebend sei, die bei der Gründung des Versorgungsunternehmens getroffen wurde. Ein Entgelt in angemessener Höhe wird nur dann als abzugsfähig anerkannt, wenn sich das Versorgungsunternehmen bereits bei seiner Gründung vertraglich zur Zahlung einer besonderen Vergütung für die Rechtsüberlassung verpflichtet hat. In diesem Falle beruhe die Abgabe nicht auf einem zwischen der Gemeinde und dem Versorgungsunternehmen bestehenden gesellschaftsrechtlichen Verhältnis. Sie sei daher keine Gewinnausschüttung, sondern ein außergesellschaftliches Leistungsentgelt. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung über Entgeltlichkeit für die Rechtsüberlassung, so gehören nach Ansicht des RFH die überlassenen Rechte "zur Vermögensausstattung des Versor-

1) RFHE Band 16 S. 296
2) Vgl. RFHE in RStBl. 1936 S.769; RFHE in RStBl. 1936 S.923; RFH in RStBl. 1936 S.922; RFH in Steuerbeilage zur EltWi 1939 S.6

gungsunternehmens", die ihren Gegenausdruck in dem Beteiligungsverhältnis und in der künftigen gesellschaftsrechtlichen Stellung der Gemeinde finden. Eine nachträgliche von den Versorgungsunternehmen übernommene Verpflichtung zur Zahlung einer KA wird steuerlich nicht anerkannt. Sie hat steuerlich nicht den Charakter eines Leistungsentgelts, sondern wird als verdeckte Gewinnausschüttung in voller Höhe zur Körperschaftsteuer herangezogen.

Diese für die körperschaftsteuerliche Behandlung der KA in der Rechtsprechung des RFH entwickelten Grundsätze gelten nur für die Zeit bis 1938/39. Durch den Erlaß des Reichsfinanzministers vom 20.8.1938[1] wurde die Anerkennung der KA als Betriebsausgabe wesentlich erweitert. Seit diesem Erlaß können KA auch dann steuerlich abgezogen werden, wenn sie erst später vereinbart worden sind; sie müssen sich allerdings ihrer Höhe nach in angemessenen Grenzen halten.

Durch diesen Erlaß des Reichsfinanzministers wurde die preisrechtliche KA-Regelung für Eigenbetriebe und Eigengesellschaften auch steuerlich für maßgebend erklärt. Damit stand der Finanzverwaltung ein brauchbarer Vergleichsmaßstab zur Verfügung, während ihr bisher ein Maßstab fehlte, um bei kommunalen Unternehmen beurteilen zu können, welche KA im Vergleich zu anderen Unternehmen angemessen sind. Auf die materiell-rechtlichen Bestimmungen der KAE braucht im einzelnen nicht mehr eingegangen zu werden, da sie gelegentlich der Erörterung der preisrechtlichen Vorschriften behandelt wurden. Da die Rechtsprechung sich im wesentlichen auf den Boden des Erlasses vom 19.7.1941[2] gestellt hat, ist es - von einzelnen Streitfragen abgesehen - in der Zeit von 1941 bis 1950 kaum zu größeren Auseinandersetzungen über die steuerliche Behandlung der KA gekommen.

2. Die Anerkennung der KA als Betriebsausgaben in der Rechtsprechung des BFH

Von der doppelten Bedeutung, die die KAE für die Versorgungsunternehmen hat, ist die steuerliche größer als die preisrechtliche. Gegen diese Entwicklung hat sich Danzebrink[3] gewandt. Er hält die

1) RStBl. 1938 S.801
2) RStBl. 1941 S.529
3) Vgl. Danzebrink, Konzessionsabgaben der öffentlichen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe im Körperschaftsteuerrecht, in BB 1954 S. 684

Nachprüfung preisrechtlicher Vorschriften durch die Finanzverwaltung für unzulässig, weil es keine Transformation der preisrechtlichen Vorschrift - der KAE - und ihrer Durchführungsbestimmungen durch eine Steuerrechtsverordnung gibt. Das FG Nürnberg[1] und der BFH[2] haben sich mit dieser strittigen Frage auseinandergesetzt. In der angezogenen Entscheidung des BFH heißt es, daß bei Eigenbetrieben und sonstigen Betrieben, an denen die Gemeinde beteiligt ist, die KA steuerlich nur insoweit anzuerkennen sind, als sie keine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen. Die Abgrenzung der Betriebsausgaben von den verdeckten Gewinnausschüttungen sei aber schwierig, weil Versorgungsunternehmen, auf die die Gemeinden keinen Einfluß ausübten, selten seien, und sich deshalb ein angemessener Marktpreis für diese Leistungen nicht bilden könnte. Früher hätte der RFH in der Angemessenheit der KA ein Kriterium für ihre Abzugsfähigkeit erblickt. Sie war dann gegeben, wenn das Versorgungsunternehmen nach Abzug der KA wenigstens eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erwirtschaften konnte. Dieser Gedanke habe seinen Niederschlag in § 5 KAE gefunden, der preisrechtlich den zur Abführung zugelassenen Höchstbetrag der nach § 2 KAE berechneten KA festlege. Da die in § 2 KAE zugelassenen Höchstsätze bis zu 18 bzw. 20 % der Roheinnahmen ansteigen, habe es der Verordnungsgeber für notwendig erachtet, eine Begrenzung der KA dadurch zu schaffen, daß die so ermittelten KA die ordnungsmäßige Weiterführung des Versorgungsunternehmens nicht gefährden dürften. Nach dem Erlaß des Reichsfinanzministers vom 19.7.1941 seien die preisrechtlich zulässigen KA auch steuerrechtlich als KA anzuerkennen. Zu den Bedenken Danzebrinks, Ausgaben, die ihrer Natur nach steuerlich als Betriebsausgaben anzusehen sind, die Abzugsfähigkeit zu versagen, weil sie gegen preisrechtliche Vorschriften verstießen, meint der BFH, daß diese Erkenntnis nicht neu sei und schon in dem Runderlaß des Reichsfinanzministers vom 19.7.1941 zum Ausdruck komme. Der Erlaß erkläre nicht die KAE steuerlich für v e r b i n d l i c h , sondern bestimme, daß nur steuerlich die Prüfung der Angemessenheit der KA auf Grund der KAE zu geschehen habe. Der BFH weicht allerdings von der bisherigen Rechtsprechung[3] insofern ab, als er die KAE nur als

1) Urt. vom 28.11.1955 in Deutsche Steuerzeitung Ausgabe B Nr.11 56 S. 147 ff.
2) Urt. vom 18.12.1956 in BB 1957 S. 427
3) BHF vom 24.2.1953 in BStBl. III S.1222; BHF vom 12.1.1954 in BStBl. III S.104; beide Urteile ergingen in voller Übereinstimmu mit der KAE.

Anhalt benutzt und bestimmt, daß für die Berechnung der steuerlich abzugsfähigen KA nicht von den Höchstsätzen nach § 2 Abs. 1 KAE - wie es die Körperschaftsteuerrichtlinien in Ziff. 23 vorschreiben - sondern von den Friedenssätzen des § 2 KAE auszugehen sei.

Der BFH vertritt in dem gleichen Urteil die Auffassung, daß die preisrechtlichen Ausnahmegenehmigungen nach § 11 KAE, die in den letzten Jahren aus kommunal-, finanz- und wirtschaftspolitischen Gründen in steigendem Umfang erteilt wurden, steuerlich nicht anerkannt werden können.

Eine weitere Neuregelung bringt das BFH-Urteil insoweit, als bei der Berechnung des Mindestgewinns abweichend von § 5 Abs. 2 KAE nicht nur bei Eigenbetrieben und Eigengesellschaften, sondern auch bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vom gesamten Eigenkapital einschließlich der Rücklagen auszugehen ist. Dieses Urteil des BFH und ein weiteres vom 16.4.1957[1], in dem der BFH die gleiche Ansicht vertritt, nötigten zu einer grundlegenden Überprüfung der steuerlichen Behandlung der KAE.

III. Die jetzige Regelung

Diese Neuregelung ist durch koordinierte Erlasse der Länder vom Januar 1960[2] getroffen worden. Der für das Land Nordrhein-Westfalen geltende Erlaß des nordrhein-westfälischen Finanzministers betreffend "Abzug von KA bei Betrieben, die der Versorgung mit Elektrizität, Gas oder Wasser dienen und bei Verkehrsbetrieben" brachte hinsichtlich der steuerlichen Anerkennung von KA einschneidende Veränderungen gegenüber dem bisherigen Rechtszustand.

Im Abschnitt I Abs. 1 dieses Erlasses wird zunächst festgestellt, daß die KAE, die A/KAE und die D/KAE ausschließlich preisrechtliche Vorschriften enthalten. Steuerrechtlich sei die Frage der Abzugsfähigkeit von KA nach den für die Abgrenzung der Betriebsausgaben von den verdeckten Gewinnausschüttungen geltenden Grundsätzen zu beurteilen, wobei in dem Erlaß davon ausgegangen wird, daß lediglich

---

1) in DStBl. III S. 218

2) Erl. des nw Finanzministers vom 16.1.1960 - S. 2506 - I V A 2 in BStBl. 1960 II S. 10 ff.

in "Beteiligungsfällen", das sind solche, in denen der Versorgungsbetrieb ein Eigenbetrieb ist, oder in denen die Gebietskörperschaft unmittelbar oder mittelbar an dem Grund- oder Stammkapital des Versorgungsunternehmens beteiligt ist, die Frage nach der verdeckten Gewinnausschüttung auftreten könne. In den Fällen, in denen die Gebietskörperschaft weder unmittelbar noch mittelbar an dem Grund- oder Stammkapital beteiligt sei, dürfen die KA in voller Höhe als Betriebsausgaben abgezogen werden.

Der Erlaß regelt in zwei Hauptabschnitten den Abzug der KA bei Versorgungs- und bei Verkehrsbetrieben.

1. Der Abzug der KA bei Versorgungsbetrieben

Die Abzugsfähigkeit der KA bei Versorgungsbetrieben ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Einmal dürfen die KA bestimmte Höchstsätze nicht übersteigen. Zum anderen sind sie in der sich danach ergebenden Höhe nur insoweit anzuerkennen, als nach ihrem Abzug dem Versorgungsbetrieb noch ein bestimmter Mindesgewinn verbleibt.

a) Höchstsätze

Der Höchstbetrag der abzugsfähigen KA bemißt sich nach Hundertsätzen der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher. Dabei sind unter solchen Roheinnahmen nur die Einnahmen aus der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern mit Elektrizität, Gas und Wasser zu verstehen. Einnahmen aus versorgungsfremden Geschäften, wie z.B. Verkauf von Nebenprodukten, und aus Leistungen an Wiederverkäufer scheiden daher für die Berechnung der abzugsfähigen KA aus. Der Erlaß der Länder unterscheidet ebenso wie die KAE zwischen einer niedrigen KA für "Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen, die nicht zu den allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden" - Sonderverträge- und einer höheren Abgabe für "Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen, die zu den allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden" - Tarifverträge -.

a') KA für Einnahmen aus Sonderverträgen

Die KA für Einnahmen aus Sonderverträgen darf höchstens 1 1/2 % der Roheinnahmen betragen.[1)]

1) Abschnitt I Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe a des Erlasses

Bei der Berechnung der Abgabe bleiben Roheinnahmen aus Lieferungen, deren Durchschnittspreis 0,05 DM/KWh Elektrizität oder 0,09 DM/m^3 Gas nicht übersteigt, außer Betracht. Für Einnahmen aus der Lieferung mit Wasser ist wegen der unterschiedlichen Preisverhältnisse keine Freigrenze festgesetzt.

Der Satz von 1 1/2 % ist der gleiche Hundertsatz, der auch für die Berechnung der preisrechtlich zulässigen Abgabe maßgebend ist.[1)]

b') KA für Einnahmen aus Tarifverträgen

Der Höchstbetrag der Ka für Einnahmen aus Tarifverträgen wird gemäß Abschnitt II Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b des Erlasses nach Hundertsätzen berechnet, die nach der Einwohnerzahl der versorgten Gemeinden gestaffelt sind. Die neuen Hundertsätze entsprechen den sogenannten Friedenssätzen[2)] der KAE, die nach § 2 Abs. 2 KAE für die Zeit nach Beendigung des Krieges der Berechnung der preisrechtlich zulässigen KA zugrunde zu legen sind.

c') KA an Landkreise

Nach § 3 Abs. 2 KAE dürfen Landkreise neben den kreisangehörigen Gemeinden eine KA bis zu 10 % der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen nach Tarifverträgen erheben. Soweit die an Landkreise gezahlten KA diese Höchstsätze nicht übersteigen, werden sie gemäß Abschnitt I Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b des Erlasses der Länder auch steuerlich anerkannt.

b) Mindestgewinn

Die im Rahmen der steuerlichen Höchstsätze zulässige KA ist nur insoweit abzugsfähig, als nach ihrem Abzug dem Versorgungsbetrieb ein Mindestgewinn von 4 % von 40 % des Sachanlagevermögens verbleibt, das am Anfang des Wirtschaftsjahres in der Steuerbilanz ausgewiesen ist.[3)] Sind mehrere Versorgungsbetriebe zu einem Steuersubjekt zusammengefaßt, so ist für die Berechnung des Mindestgewinns vom Sachanlagevermögen des zusammengefaßten Versorgungsbetriebes auszugehen.

---

1) Vgl. § 2 Abs. 1 Buchstabe a KAE
2) Vgl. Tabelle auf Seite 94 rechte Spalte
3) Abschnitt I Abs. 2 Nr. 2

Der Mindestgewinnsatz von 4 % von 40 % des Sachanlagevermögens gilt einheitlich für alle "Beteiligungsfälle", einerlei, ob die Versorgungsbetriebe in der Form von gemeindlichen Eigenbetrieben oder von Kapitalgesellschaften geführt werden. An der Bestimmung über den Mindestgewinn, die im Prinzip dem § 5 KAE folgt, ist die Bezugsgröße für die Feststellung des Mindestgewinns neu. Der Satz von 40 % des Sachanlagevermögens ist an Stelle des Grund- oder Stammkapitals als Ausgangspunkt für die Mindestgewinnrechnung gewählt worden, weil die Eigenbetriebe in ihren Bilanzen keine Kapitalgröße haben, die in jeder Hinsicht dem Begriff des Grund- oder Stammkapitals voll entspricht. Nach statistischen Erhebungen, die dem Erlaß der Länder vorausgegangen waren, beträgt das Grund- oder Stammkapital der in der Rechtsform einer A.G. oder GmbH geführten Versorgungsbetriebe etwa 40 % des Sachanlagevermögens. Mit dieser neuen Berechnung des Mindestgewinns wird eine empfindliche Benachteiligung der Eigenbetriebe beseitigt, die nach der KAE den Mindestgewinn von ihrem gesamten Eigenkapital einschließlich Rücklagen zu berechnen hatten, während alle anderen Gesellschaften von ihrem Stammkapital ohne Rücklagen ausgehen konnten.[1)]

Ob und in welchem Umfang die nach den steuerlichen Höchstsätzen zulässige KA wegen der Mindestgewinngrenze zu kürzen ist, wird durch Gegenüberstellung des Handelsbilanzgewinns und des Mindestgewinns festgestellt. Dabei sind aus dem Handelsbilanzgewinn etwaige Gewinn- und Verlustvorträge sowie gewinnerhöhende aufgelöste offene Rücklagen auszuscheiden. Andererseits sind etwa zu Lasten des Handelsgewinns vorgenommene Zuführungen zu den Rücklagen dem Handelsbilanzgewinn zuzurechnen. Schließlich muß der Handelsbilanzgewinn noch um den Unterschiedsbetrag zwischen der abgeführten KA und der nach steuerlichen Höchstsätzen zulässigen KA erhöht werden, um eine mit dem Mindestgewinn vergleichbare Größe zu schaffen. Ergibt die Gegenüberstellung, daß der bereinigte Handelsbilanzgewinn höher ist als der Mindestgewinn, so ist die abgeführte KA bis zur Höhe des sich nach den steuerlichen Höchstsätzen ergebenden Betrags abzugsfähig. Ist dagegen der Mindestgewinn höher, so muß der steuerliche Höchstbetrag noch um den Unterschied zwischen dem Mindestgewinn und dem Handelsgewinn gekürzt werden, um die abzugsfähige KA zu erhalten

1) Vgl. Zeiss, Eigenbetriebsrecht, S. 276

Bei einer Kürzung der KA mit Rücksicht auf die Sicherstellung des Mindestgewinns, kann der Kürzungsbetrag in den folgenden fünf Wirtschaftsjahren neben der im Rahmen der steuerlichen Höchstsätze und der Mindestgewinngrenze zulässigen KA für das laufende Wirtschaftsjahr abgezogen werden.

B e i s p i e l :

Ein Eigenbetrieb einer Gemeinde hat für das Geschäftsjahr 1963 eine KA von 3.000.000,-- DM an die Gemeinde abgeführt.

Der Handelsbilanzgewinn für das Jahr 1963 beträgt 900.000,-- DM. Darin ist ein Gewinnvortrag aus dem Geschäftsjahr 1962 von 450.000,-- DM enthalten.

In der Steuerbilanz auf den 1.1.1963 ist das Sachanlagevermögen mit 60.000.000,-- DM ausgewiesen.

Es wird angenommen, daß der steuerliche Höchstsatz der KA 2.800.000,-- DM beträgt.

Gegenüberstellung des Handelsbilanzgewinns und des Mindestgewinns:

Handelsbilanzgewinn 1963	900.000,-- DM
./. Gewinnvortrag aus 1962	450.000,-- DM
	450.000,-- DM
+ Unterschied zwischen der abgeführten KA und dem steuerlichen Höchstsatz	200.000,-- DM
Bereinigter Handelsbilanzgewinn 1963	650.000,-- DM
Mindestgewinn 4 % von 40 % von 60.000.000,-- DM	960.000,-- DM
Der steuerliche Höchstsatz der KA ist zu kürzen um	310.000,-- DM

Der wegen der Mindestgewinngrenze nicht abzugsfähige Teil der KA von 310.000,-- DM kann in den folgenden fünf Wirtschaftsjahren neben der laufenden KA abgezogen werden, soweit es die Mindestgewinngrenze zuläßt.

c) Verbilligte Sachleistungen an Beteiligte des Versorgungsbetriebs

Die Versorgungsunternehmen beliefern auch Abnehmer, die unmittelbar oder mittelbar an dem Versorgungsunternehmen beteiligt sind, mit

Elektrizität, Gas, Wasser und Wärme und dergleichen mehr. Man spricht in diesen Fällen von verbilligten Sachleistungen,wenn die Lieferungen zu Preisen berechnet werden, die unter den Sätzen liegen, die Abnehmer mit gleichen Abnehmerverhältnissen zu zahlen haben. Auf verbilligte Sachleistungen an Beteiligte des Versorgungsunternehmens sind nach Abschnitt I Abs. 2 Nr. 3 des Erlasses die Grundsätze über die Abgrenzung der Betriebsausgaben von den verdeckten Gewinnausschüttungen anzuwenden. Das bedeutet, daß in diesen Fällen der Unterschiedsbetrag zwischen dem Normalpreis und dem tatsächlich berechneten Preis als verdeckte Gewinnausschüttung dem Gewinn des Versorgungsunternehmens zuzurechnen ist. Von diesem Grundsatz sind in dem Ländererlaß mehrere Ausnahmen zugelassen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung wird nicht angenommen bei verbilligten Sachleistungen, bei denen der Preisnachlaß nicht mehr als 10 % des Preises beträgt, den sonstige Abnehmer mit gleichen Abnahmeverhältnissen zu zahlen haben. Nach § 11 KAE ist der Eigenverbrauch der Gemeinden und Gemeindeverbände für alle räumlich getrennt liegenden Abnahmestellen gesondert abzurechnen. Dementsprechend ist in diesen Fällen auch bei Anwendung der 10 %-Grenze jede räumlich getrennt liegende Abnahmestelle der Gemeinden und Gemeindeverbände für sich zu betrachten. Eine verdeckte Gewinnausschüttung wird auch nicht angenommen bei unentgeltlichen oder verbilligten Wasserlieferungen für Feuerlöschzwecke, für Feuerlöschübungszwecke, für Zwecke der Straßenreinigung und für öffentliche Zier- und Straßenbrunnen sowie bei verbilligter oder kostenloser Errichtung und Unterhaltung von Anlagen für Löschwasser und Feuerschutz durch ein Wasserwerk.[1)]

2. Der Abzug der KA bei Verkehrsbetrieben

Für die KA der Betriebe, die dem öffentlichen Verkehr dienen, sind p r e i s r e c h t l i c h keine Höchstsätze festgelegt. Die s t e u e r l i c h e Abzugsfähigkeit der KA bestimmt sich für die Verkehrsbetriebe ebenso wie für die Versorgungsbetriebe nach den Grundsätzen über die Abgrenzung der Betriebsausgaben von den verdeckten Gewinnausschüttungen. Die Ausführungen über die steuerrechtliche Unterscheidung zwischen Beteiligungsfällen und Nicht-

1) Vgl. Erlaß des nw Finanzministers vom 16.1.1960, I. 3b

beteiligungsfällen gelten deshalb entsprechend auch für die Verkehrsbetriebe. Nach Abschnitt II Abs. 2 des Ländererlasses wird bei den Verkehrsbetrieben in Beteiligungsfällen erstmals für die Wirtschaftsjahre, die nach dem 31. Dezember 1958 beginnen, ohne nähere Nachprüfung von einer Beanstandung des Abzugs von KA abgesehen, wenn die KA die Hälfte der nach der Einwohnerzahl der Gemeinden gestaffelten Höchstsätze nicht überschreiten, die in Abschnitt I Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b des Erlasses für die Versorgungsbetriebe festgesetzt sind.

Es ist jedoch zu beachten, daß im Unterschied zur KAE diese steuerlichen Höchstsätze "Nichtbeanstandungssätze" sind. Sie bilden also keine starre Grenze. Für die Versorgungsunternehmen und die Verkehrsbetriebe ist damit die Möglichkeit gegeben, den Gegenbeweis anzutreten, daß im Einzelfall höhere KA - bis an die preisrechtlich gezogene Grenze - angemessen und steuerlich abzugsfähig sein können. Sicher ist der Beweis erbracht, wenn im Einzelfall nachgewiesen wird, daß ein Angebot auf eine über den "Nichtbeanstandungssätzen" liegende KA von einem Fremdunternehmen vorliegt.

Ein weiterer Unterschied gegenüber der preisrechtlichen Regelung durch die KAE besteht insoweit, als für die Einwohnerzahl der empfangsberechtigten Gemeinde die jeweils letzte Volkszählung maßgebend ist[1)], während preisrechtlich nach wie vor das Ergebnis der Volkszählung von 1939 verbindlich ist.

B. Die KA und die Gewerbesteuer

In diesem Abschnitt soll untersucht werden, welchen Einfluß die KA auf die Höhe der Gewerbesteuer hat. Für die Gewerbesteuer kommen als Besteuerungsgrundlagen

1. das Gewerbekapital
2. der Gewerbeertrag und
3. die Lohnsumme

in Frage.

Das Gewerbekapital ist eine Größe, die dem Einheitswert des gewerblichen Betriebs entspricht und in ihrer Höhe von der KA unabhängig

---

1) Die letzte Volkszählung war am 1.10.1961.

ist. Bei der Bewertung des Gewerbekapitals besteht keine Möglichkeit, die KA als Kürzungsbeträge oder Hinzurechnungsbeträge auszuweisen. Das Gewerbekapital wird nur insoweit von der KA berührt, als in der Bilanz, die der Einheitswertfeststellung zugrunde liegt, bereits geleistete KA-Zahlungen aktiviert oder noch rückständige KA-Zahlungen als Schuldposten ausgewiesen sind.

Bei der Ermittlung des Gewerbeertrags ist von dem körperschaftsteuerlichen Gewinn auszugehen. Dieser Gewinn ist durch die KA, soweit sie anerkannt ist, geschmälert worden. Nur in diesem Punkt besteht eine Beeinflussung des Gewerbeertrags durch die KA.

Die Lohnsummensteuer - eine besondere Erhebungsform der Gewerbesteuer - weist keinerlei Beziehungen zu der KA auf. Abschließend kann somit festgestellt werden, daß die Höhe der Gewerbesteuer durch die KA nur mittelbar beeinflußt wird.[1)]

C. Die KA und die Umsatzsteuer

Der Umsatzsteuer unterliegen grundsätzlich alle Lieferungen und Leistungen eines Unternehmens im Inland gegen Entgelt. Die Gemeinden räumen den Versorgungsunternehmen und den Verkehrsbetrieben das Wegebenutzungsrecht ein und erteilen ihnen das Ausschließlichkeitsrecht.[2)] Sie bewirken damit Leistungen, die wegen ihrer Entgeltlichkeit - der KA - Umsätze im Sinne von §§ 1 und 2 UStG[3)] sind. Da die Gemeinden bei der Erteilung des Wegenutzungsrechts nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt tätig werden, stellen die KA ein Entgelt dar, das innerhalb des Rahmens einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit erlangt wird. Bei der Begriffsbestimmung der KA wurde herausgestellt, daß es sich bei den KA um Entgelte handelt, die einmal für die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume, zum anderen für die Gewährung des ausschließlichen Versorgungsrechts gezahlt werden. Soweit die KA für die Benutzung der öffentlichen Wege und Verkehrsräume gezahlt werden - als Pacht oder Miete -, sind sie gemäß § 4 Ziff. 10 UStG umsatzsteuerfrei. Die KA sind also in einen steuerfreien und steuerpflichtigen Teil zerlegt. In einer Studie der Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft[4)] wird die Ansicht vertre-

1) Vgl. Didden, Konzessionsabgaben, S.389
2) Vgl. S. 12 ff. und 15 ff.
3) UStG vom 1.9.1951 (BGBl. I S.1791)
4) Studie der Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft, Zur Neuordnung des Konzessionsabgabenrechts, S. 24

ten, daß diese Aufschlüsselung der KA in ein Grundstücksbenutzungsentgelt und ein Demarktionsentgelt nur zu dem Zweck durchgeführt wird, um Steuern zu sparen. Sachlich sei sie nicht gerechtfertigt, da das Wegebenutzungsentgelt mehr als das Hundertfünfzigfache eines in einem Enteignungsverfahren festgelegten Grundstücksentgelts ausmache. Hierzu ist zu bemerken, daß es zwar zutrifft, daß das Entgelt für die Wegebenutzung in den dort angeführten Beispielen[1] sehr hoch ist, man muß aber bedenken, daß in extensiv besiedelten Wohngebieten das Wegebenutzungsentgelt - verteilt auf die Länge der Leitungen - bedeutend geringer ist als in den intensiv besiedelten Gebieten. So kommt man dann zu einem ganz besonders hohen Wegebenutzungsentgelt pro verlegtem Meter Leitung in den Großstädten. Es wäre aber verfehlt, dieses Ergebnis zu verallgemeinern.

Das Verhältnis der Aufschlüsselung der KA ist verschieden. Es richtet sich ganz individuell nach der Art des Unternehmens. So hat der BFH[2] die Aufteilung der KA einer Elektrizitätsgesellschaft im Verhältnis 50 : 50 für zutreffend erachtet, da für ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen das Wegebenutzungsrecht und das Ausschließlichkeitsrecht gleich wertvoll sei. Dieses Verhältnis wird man vorbehaltlich eines gegenteiligen Beweises in Sonderfällen allgemein bei Versorgungsunternehmen annehmen können. Bei Verkehrsbetrieben liegen die Verhältnisse doch anders. Einmal nutzen sie die öffentlichen Wege und Verkehrsräume viel intensiver als die Versorgungsunternehmen, zum anderen stellt das Recht zur Benutzung der öffentlichen Wege und Verkehrsräume für die Verkehrsbetriebe einen erheblich höheren Wertfaktor dar als das Recht zur Verlegung von Versorgungsleitungen für die Versorgungsunternehmen. Dieser Wertfaktor ist bei den Verkehrsbetrieben nicht konstant. Je nachdem, in welchem Umfang die Straßenbahn-, Oberleitungsomnibus- oder Autobuslinien bestehen, kann sich das Verhältnis zwischen steuerpflichtigem und steuerfreiem Teil der KA stark verschieben.

---

1) Als Beispiele wurden die KA der Städte Essen, Hamburg und Stuttgart gewählt.

2) Vgl. BFH-Urteil in BStBl. 1957 III S. 456

D. Die Steuerprivilegien der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe der öffentlichen Hand

I. Die Vermögensteuerpflicht der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe der öffentlichen Hand

Die Betriebe der Gebietskörperschaften und der ihnen ausschließlich gehörenden Kapitalgesellschaften waren seit jeher von der Zahlung der Vermögensteuer befreit. Zwar wurde im Jahre 1925 der Ruf nach Gleichstellung der Betriebe der öffentlichen Hand mit der Privatwirtschaft laut. Man nahm jedoch die unterschiedlichen Auswirkungen der Besteuerung auf diese Betriebe zum Anlaß, den öffentlichen Betrieben weiterhin die Steuerfreiheit zu gewähren, da die Mittel, die der öffentlichen Hand verbleiben, entweder zu Gunsten der ihnen auferlegten öffentlichen Aufgaben verwendet oder an die tragende öffentliche Körperschaft ausgeschüttet werden.[1)]

Die Privatwirtschaft empfand die gewerbliche Tätigkeit der öffentlichen Hand immer stärker als Wettbewerb und verlangte die Beseitigung der Steuerprivilegien der öffentlichen Hand; insbesondere wehrte man sich gegen die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.

Das Steueränderungsgesetz vom 13.7.1961[2)] schränkte das Steuerprivileg der öffentlichen Hand schließlich ein. Grundsätzlich wurden die Gewerbebetriebe von juristischen Personen des öffentlichen Rechts steuerpflichtig.[3)]

Von diesem Grundsatz werden allerdings eine Reihe wichtiger Ausnahmen zugelassen.

Nach § 3a Nr. 1 und 3 VStG sind Verkehrsbetriebe und Versorgungsunternehmen in der Rechtsform eines Eigenbetriebes oder einer Kapitalgesellschaft, wenn die Anteile ausschließlich dem Bund, einem Land, einer Gemeinde, einem Gemeindeverband oder einem Zweckverband gehören und die Erträge ausschließlich diesen Körperschaften zufließen,

---

1) Vgl. Zeiss, Die Vermögensteuer der öffentlichen Unternehmen und Anstalten nach § 3a VStG, S. 8

2) BGBl. I S. 981

3) Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 g VStG

vermögensteuerfrei, während dieselben Unternehmen, wenn sie sich nicht oder nicht ausschließlich im Eigentum der öffentlichen Hand befinden, nach § 3a Nr. 1 und 3 Satz 2 nur insoweit von der Vermögensteuer befreit sind, als ihr Vermögen dazu bestimmt ist, unter der Auflage der Betriebspflicht, der Beförderungspflicht (Kontrahierungspflicht) und des Tarifzwangs dem öffentlichen Verkehr oder der öffentlichen Versorgung[1] zu dienen[2]. Es handelt sich hierbei um eine sachliche Steuerbefreiung.

II. Die Umsatzsteuerpflicht der Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe der öffentlichen Hand

Die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe haben auch auf dem Gebiet der Umsatzsteuer ein Privileg. Nach § 4 Ziff. 5 UStG sind alle Lieferungen und Leistungen von Elektrizität, Gas, Wasser oder Wärme umsatzsteuerfrei, soweit sie von Unternehmen bewirkt werden, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Die übrigen Unternehmen haben dagegen die "erste"[3] Lieferung von Energie und Wasser zu versteuern.

III. Kritik an den Steuerprivilegien

Im Hinblick auf die Steuerprivilegien bestehen auch heute noch erhebliche Unterschiede bei der steuerlichen Behandlung der öffentlichen und privaten Unternehmen, so daß auch weiterhin dem Gleichheitsgrundsatz noch nicht voll entsprochen wird.[4] Die Steuerprivilegien der öffentlichen Hand sind seit langer Zeit Streitgegenstand.[5] Besondere Aktualität haben die Privilegien dadurch erhalten, daß die Bundestags-Fraktionen der CDU/CSU und der FDP am 4.3.1964 im Bundestag einen gemeinsamen Initiativantrag zur Änderung des Vermögensteuergesetzes[6] und einen gemeinsamen Initiativantrag zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes[7] eingebracht haben.

---

1) bezüglich der Begriffe öffentlicher Verkehr und öffentliche Versorgung, vgl. S. 13 f.
2) Vgl. hierzu die Untersuchung: Das Vermögensteuerprivileg der öffentlichen Hand, Institut FSt, Brief 57 S.27 ff, 36 ff.
3) Vgl. § 4 Ziff. 5b UStG
4) So Troll, Verkehrs- und Versorgungsunternehmen bei der Vermögensteuer, BB Beilage 6 zu Heft 24 S.1 ff.
5) Vgl. ET 1963 S.199
6) Bundestagsdrucksache IV/2012
7) Bundestagsdrucksache IV/2013

Die Gesetzentwürfe bezwecken die Beseitigung der bisherigen Steuerprivilegien für die in öffentlicher Hand befindlichen Versorgungsunternehmen und die Einführung einheitlicher Steuersätze bei der Vermögensteuer und der Umsatzsteuer für die der Versorgung mit Gas, Strom und Wärme dienenden Versorgungsunternehmen.[1]

Hiernach soll in § 3 a Ziff. 3 Satz 1 des Vermögensteuergesetzes[2] die Steuerbefreiung der Betriebe der öffentlichen Hand für das Vermögen, das der öffentlichen Versorgung mit Gas, Strom und Wärme dient, entfallen, während die Steuerbefreiung für das Vermögen, das der öffentlichen Wasserversorgung dient, aufrechterhalten bleiben soll. Ferner soll in § 8[3] folgender Abs. 2 angefügt werden:

"(2) Für das steuerpflichtige Vermögen, das der öffentlichen Versorgung mit Gas, Strom und Wärme dient, ermäßigt sich die Steuer auf jährlich 7,5 vom Tausend; sie beträgt jedoch nur jährlich 5 vom Tausend des steuerpflichtigen Vermögens, das der öffentlichen Versorgung mit Gas, Strom und Wärme dient, soweit dieses den Betrag der nach § 31 des Lastenausgleichsgesetzes festgesetzten Vermögensabgabeschuld nicht übersteigt. Das Nähere kann durch Rechtsverordnung bestimmt werden."

Im Umsatzsteuergesetz soll die Steuerbefreiung gem. § 4 Ziff. 5 folgende Fassung erhalten:
"5. Die Lieferungen von
a) Wasser;
b) Gas, Elektrizität oder Wärme zur gewerblichen Weiterveräußerung durch den Abnehmer;".

Umsätze, die nicht unter diese Fassung fallen, sollen mit 1,5 % versteuert werden, weshalb § 7 Abs. 2 des Umsatzsteuergesetzes entsprechend ergänzt werden soll.

Es drängt sich die Frage auf, ob der beantragte Wegfall der Steuerprivilegien gerechtfertigt ist. Daß die kommunalen Unternehmen versuchen, ihre Steuerprivilegien zu behalten, liegt auf der Hand. Nach ihrer Meinung führt der Wegfall der Steuerprivilegien zu einer erheblichen Mehrbelastung der Versorgungsunternehmen und damit zu

---

1) Die Gesetzentwürfe haben inzwischen durch das 16. Änderungsgesetz vom 26.3.1965 (BGBl I S.165) und das Gesetz vom 24.3.1965 (BGBl. I S.153) Gesetzeskraft erlangt.
2) s. BGBl. I 1961 S.990
3) s. BGBl. I 1954 S.139

einer fühlbaren Erhöhung der Energiepreise. Demgegenüber hat der Bundeswirtschaftsminister[1] erklärt, daß durch die vorgesehen einheitliche Umsatzbesteuerung in Höhe von 1,5 % das Umsatzsteueraufkommen der Elektrizitätswirtschaft lediglich gleichmäßig auf alle Unternehmen verteilt wird, so daß sich die Belastung der Gesamtheit der Verbraucher mit Umsatzsteuer nicht erhöht.[2] Es tritt also nur eine Verschiebung der Umsatzsteuerbelastung ein.[3] Der Vorschlag, das Steuerprivileg für Unternehmen, die der Versorgung mit Wasser dienen, beizubehalten, scheint m.E. gerechtfertigt zu sein. Die Gemeinden sind zur Beschaffung gesunden Wassers für den Haushaltsbedarf verpflichtet. Wegen ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit und für die Volksgesundheit hat diese Aufgabe ein besonderes öffentliches Interesse erreicht. Einer ähnlichen Beurteilung bedarf die Wasserversorgung für den Feuerschutz. Es wäre vielleicht zu überlegen, ob man die Versorgungsunternehmen, die der Versorgung mit Wasser dienen, nicht aus der Gruppe der Versorgungsunternehmen[4] herauslösen und in die Gruppe der Hoheitsbetriebe aufnehmen sollte,[5] wie es z.B. mit den Schlachthöfen geschehen ist. Der Wegfall der Steuerprivilegien der öffentlichen Hand ist aus mehreren Gründen zu begrüßen. Die Stromerzeugung der Unternehmen der öffentlichen Hand erhält durch die derzeitige Steuerbefreiung einen Kostenvorsprung, da die steuerpflichtigen Unternehmen ihren Strom nicht zu den gleichen Kosten erzeugen und an das Verbundnetz weitergeben können wie die steuerbefreiten Unternehmen. Eine Steuergleichheit würde daher die Wettbewerbsverzerrung in der Erzeugungsstufe der Versorgungsunternehmen beseitigen - soweit man im Hinblick auf die Gebietsabgrenzungsverträge überhaupt von Wettbewerb sprechen kann -.

---

1) Vgl. Bulletin Nr. 54 S.474 vom 26.3.1964

2) Wie dem Bulletin (vgl. Anm. 1) weiter entnommen werden kann, ist auch nach Ansicht der Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke durch die beantragte Umsatzsteueränderung keine Verteuerung des Stroms zu erwarten.

3) Vgl. Burgbacher, Stellungnahme zur steuerlichen Gleichheit, ET 1964 S.144

4) Zu dem Begriff des Versorgungsunternehmens vgl. S.12 ff.

5) Vgl. § 4 Körperschaftsteuerdurchführungsverordnung i.d.F. vom 6. Juni 1962, BGBl. I S.412; § 19 Umsatzsteuerdurchführungsbestimmungen (BGBl. I 1962 S.327) zu § 2 Abs. 3 des UStG

Die derzeitige unterschiedliche Besteuerung verzerrt auch den Wettbewerb, der sich zwischen der Eigenversorgung durch Eigenbetriebe und der Fremdversorgung durch Regionalunternehmen vollzieht. Durch die Steuerprivilegierung können manche Unternehmen wirtschaftlich werden, die ohne den Vorsprung im Wettbewerb nicht bestehen könnten. Die Steuergleichheit würde in diesen Fällen eine im Interesse des Verbrauchers liegende Einbeziehung der unwirtschaftlichen Unternehmen in eine großräumige gemischtwirtschaftliche Regionalversorgung fördern.
Die zu erwartende gesetzliche Regelung liegt auch im Sinne des Art. 90 des EWG-Vertrages.

Eine gleichmäßige Besteuerung könnte gleichzeitig auch den Übergang zum System der Mehrwertsteuer erleichtern, da die öffentlichen Versorgungsunternehmen dadurch leichter an den Zustand der Unterworfenheit unter die Umsatz- und Vermogensteuer - wie sie die Mehrwertsteuer ohnehin bringen wird - gewöhnt werden.

Die Gleichheit der Besteuerung könnte zudem bewirken, daß die steuerliche Behandlung der Versorgungsunternehmen der öffentlichen Hand zu einem volkswirtschaftlichen, rechtlichen und finanzwirtschaftlichen Einklang mit der geltenden Staats- und Wirtschaftsverfassung geführt wird.[1)]

Damit kann festgestellt werden, daß im Hinblick auf die Gesamtwirtschaft ein begründetes Interesse daran besteht, daß die Steuerprivilegien der öffentlichen Hand beseitigt werden.[2)]

Fünfter Hauptteil

DIE KA IN MARKTWIRTSCHAFTLICHER HINSICHT

Eine Erörterung über die KA verlangt auch einen Hinweis auf die marktwirtschaftliche Bedeutung der KA. Im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Arbeit muß jedoch auf eine ausführliche Untersuchung verzichtet werden. Die auftretenden Probleme können daher nur kurz angedeutet werden.

---

1) Vgl. Carlein, Die Besteuerung der Gemeindebetriebe, Diss. Erlangen 1952 S.179 ff.
2) Überhaupt scheint es fraglich zu sein, ob die derzeitige Regelung mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art.3 GG zu vereinbaren ist. Zur Zeit sind Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht anhängig (vgl. ET 1963 S.199).

A. Die freie und soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftssystem und ihre Grundlagen

Unter Marktwirtschaft wird im folgenden das in der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig herrschende Leitbild einer marktwirtschaftlichen Ordnung verstanden, die durch freien Wettbewerb, Vorherrschen des privaten Eigentums, Selbstbestimmungsrecht des Unternehmers und durch einen Markt gekennzeichnet wird, der durch seinen Preismechanismus Angebot und Nachfrage ausgleichen und so den Ablauf aller wirtschaftlichen Vorgänge steuern soll.

Die s o z i a l e Marktwirtschaft garantiert die Aufrechterhaltung und Sicherung eines umfassenden Wettbewerbs von Staats wegen und statuiert daher den Wettbewerb als Ordnungsprinzip auch für die Unternehmer selbst. Im Interesse der Verbraucher können dadurch die Preise stabil gehalten und wichtige Sozialpolitik getrieben werden.

Aus dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes ergeben sich für die s o z i a l e Marktwirtschaft von vornherein unmittelbare Grenzen der Freiheit des einzelnen im Interesse des sozialen Ausgleichs.

I. Freier Wettbewerb

Das Kennzeichen unserer Marktwirtschaft ist der freie Wettbewerb, d.h. also das Auftreten mehrerer Unternehmen, die nebeneinander das gleiche Erzeugnis oder die gleiche Dienstleistung anbieten. Die Bedeutung des Wettbewerbs liegt in dem Freiheitspostulat.[1] Durch die Wettbewerbsordnung soll den Märkten eine solche Ordnung gegeben werden, daß alle Teile des Wirtschaftsprozesses sinnvoll integriert werden.[2]

II. Privates Eigentum

Als weiteres Kennzeichen der freien und sozialen Marktwirtschaft wurde das Vorherrschen des privaten Eigentums an den Produktionsmitteln herausgestellt. In diesem Punkt weicht die Ordnung der gemeindeeigenen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe von der allgemeinen Wirtschaftsordnung ab. Die gemeindeeigenen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe stehen nicht im Eigentum einzelner Privatpersonen, sondern im Eigentum der Gemeinde.

---

1) Vgl. Preiser, Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung, S. 57

2) Vgl. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 154

III. Selbstbestimmungsrecht des Unternehmers

Schließlich ist ein Kennzeichen der Marktwirtschaft das Selbstbestimmungsrecht des Unternehmers. Er kann vor allem über die Zweckbestimmung seines Unternehmens entscheiden. In den meisten Fällen wird er sich die Gewinnmaximierung zum Ziel setzen. Er hat aber auch die Möglichkeit, sein Unternehmen in den Dienst der Allgemeinheit zu stellen und gemeinnützige Zwecke zu erfüllen.

B. Beschränkungen der Grundlagen der freien und sozialen Marktwirtschaft bei Versorgungs- und Verkehrsbetrieben

I. bezüglich des freien Wettbewerbs

Ein freier Wettbewerb ist in den Bereichen, in denen sich die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe betätigen, nur im beschränkten Umfang möglich. Eine derartige Beschränkung gilt für alle Unternehmensarten, gleichgültig, ob es sich um Eigenbetriebe oder Eigengesellschaften der Gemeinden und gemischtwirtschaftliche oder private Unternehmen handelt.

Die Beschränkung des Wettbewerbs beruht auf den technischwirtschaftlichen Gegebenheiten, die allen leitungs- und schienengebundenen Unternehmungen eigen sind. Ein Nebeneinander von Schienen und Versorgungsleitungen verschiedener Unternehmen würde die Leistungseinheiten entschieden verteuern und daher sehr unwirtschaftlich sein.

Ein weiterer Grund für die Wettbewerbsbeschränkung ist darin zu sehen, daß die Versorgungs- und Verkehrsanlagen in den dicht besiedelten Gebieten fast ausschließlich in öffentliche Verkehrsräume verlegt werden müssen. Die öffentlichen Wege und Verkehrsräume sind aber bereits derart genutzt, daß weitere Versorgungs- und Verkehrsanlagen wegen fehlenden Platzes nicht verlegt werden könnten.

II. bezüglich des Selbstbestimmungsrechts des Unternehmers

Die gemeindeeigenen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe erfahren hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts eine weitere Einschränkung. Insbesondere besteht für sie keine Entscheidungsfreiheit hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung. Während sich die privaten Betriebe in der Regel für die Gewinnmaximierung entscheiden - nach

Preiser[1] liegt das Streben nach Gewinn im Wesen der Marktwirtschaft -, sind in Anlehnung an die §§ 67 Abs. 1 und 72 GemO von 1935 den Gemeinden Beschränkungen auferlegt worden, die von den meisten Bundesländern übernommen wurden. Diese Beschränkungen gehen im einzelnen dahin[2], daß

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigen muß,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher von einem anderen Unternehmen erfüllt werden kann.

III. durch Staatsaufsicht

Die Konzessionsverträge, in denen den Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetrieben das Wegebenutzungsrecht und das Ausschließlichkeitsrecht zuerkannt werden, wirken in sehr starkem Maße wettbewerbsbeschränkend und monopolbildend. Gegenüber Monopolen versagen aber die marktwirtschaftlichen Regeln.[3] Aus diesem Grunde ergibt sich die Notwendigkeit, für diesen Bereich andere als die üblichen marktwirtschaftlichen Ordnungsgrundsätze anzuwenden. Vogel[4], der in Monopolen in jedem Falle potentielle Störungsfaktoren unserer Wirtschaft vermutet, sieht in der Mißbrauchsaufsicht und in den öffentlichen Unternehmen eine Kontrolle der Monopolmißbräuche. Nach seiner Meinung wird in Deutschland die Monopolkontrolle teils durch Schaffung von Eigenbetrieben und Eigengesellschaften der Gemeinden, teils durch begrenzte Staatsaufsicht ausgeübt. M.E. liegt in der Schaffung von kommunalen Versorgungsbetrieben weniger eine Monopolkontrolle. Der Staat hat vielmehr im Energiewirtschaftsgesetz und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung Schranken für die Versorgungsunternehmen aufgestellt. Nach § 5 des Energiewirtschaftsgesetzes von 1935 bedarf, wer erstmalig

---

1) Vgl. Preiser, Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung, S.12
2) Vgl. hierzu Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S. 158
3) Vgl. Münch, Zur Neugestaltung des Konzessionsabgabenrechts, Anlage 2 zum VKU-Nachrichtendienst Folge 110 vom 18.2.1958 S.4
4) Vgl. Vogel, HJ, Die kommunalen Unternehmen in der Marktwirtschaft, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 31 S.17

die Versorgung "anderer" mit Energie aufnehmen will, "der Genehmigung des Reichswirtschaftsministers". Nach § 8 kann der "Reichswirtschaftsminister, zeigt sich ein Energieversorgungsunternehmen außerstande, seine Versorgungsaufgaben, insbesondere die ihm auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Pflichten zu erfüllen, ihm den Betrieb ganz oder teilweise untersagen", "ein anderes Energieversorgungsunternehmen mit der Übernahme der Versorgungsaufgaben beauftragen" und "das beauftragte Unternehmen in den Gebrauch der Energieanlagen, soweit dies für die Erfüllung der Versorgungsaufgaben notwendig ist, vorläufig einweisen." Nach § 9 EnWG können Energieanlagen zugunsten des beauftragten Unternehmens enteignet werden. Ferner enthält § 12 EnWG die Ermächtigung für den Reichswirtschaftsminister, Vorschriften und Einzelanordnungen über die Zulässigkeit und Bemessung von "Benutzungsgebühren und sonstigen Entschädigungen für Benutzung von Straßen und Verkehrswegen jeder Art" zu erlassen.

Durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung - GWB - vom 27.7. 1957[1] wurden die Konzessionsverträge mit Ausschließlichkeitsklausel von dem in den §§ 1, 15 und 18 niedergelegten Verbot aller wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen unter gewissen Voraussetzungen ausdrücklich ausgenommen. Nach § 103 Abs. 2 GWB greift diese Privilegierung jedoch nur insoweit Platz, als sich eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegungen von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für die unmittelbare öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Körperschaft ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten. Die Verlegung von Leitungen zur Eigenversorgung der Durchleitung eines anderen Versorgungsunternehmens kann durch den Konzessionsvertrag nicht verhindert werden.[2]

Gem. § 104 GWB können die Kartellbehörden den an den Konzessionsverträgen Beteiligten auch aufgeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen und die Verträge zu ändern oder die Verträge selbst für unwirksam erklären, soweit die Verträge oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften des Gesetzes erlangten Stellung im Markt darstellen.

---

1) BGBl. I S.1081
2) Vgl. Malzer, Die Benutzung der öffentlichen Wege zur Leitungsverlegung durch Versorgungsunternehmen und industrielle Anlagen in kartellrechtlicher Sicht, VIK-Bericht Nr. 127 S. 47

Ein weiteres Aufsichtsmittel ist den Kartellbehörden auf Grund des § 22 GWB gegeben. Danach können die Kartellbehörden sogenannten marktbeherrschenden Unternehmen[1] ein mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären, soweit diese Unternehmen bei Abschluß von Verträgen über Waren oder gewerbliche Leistungen ihre Marktstellung beim Fordern oder Anbieten von Preisen oder bei der Gestaltung von Geschäftsbedingungen mißbräuchlich ausnutzen.

C. Die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der freien Marktwirtschaft und die Wahrung der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG

I. Die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung der freien Marktwirtschaft

Das Grundgesetz gewährleistet nicht ausdrücklich Grundrechte für den Bereich des Wirtschaftslebens, wie es die Weimarer Reichsverfassung tat. Man kann daher nur aus dem Grundrechtssystem die Frage beantworten, ob etwa grundlegende Prinzipien des Grundgesetzes der Beschränkung der freien Marktwirtschaft und der Energieaufsicht entgegenstehen.

Auf die Unzulässigkeit der Energieaufsicht wird oft unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 12 GG hingewiesen.

Seit dem Urteil des BVerfG vom 16.1.1957[2] ist es nicht mehr bestritten, daß Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht ein generelles Hauptfreiheitsrecht darstellt und eine "allgemeine Freiheit zum Handeln in den verschiedensten Lebensbereichen" gewährt.[3] Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht nur für die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des Einzelnen, sondern auch für die wenn auch nicht unbeschränkte Gestaltung des Rechts der Wirtschaft bedeutungsvoll.[4] Für den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Bereich wird Art. 2 GG ergänzt durch Art. 3 und Art. 12 GG.

---

1) Nach h.L. können auch Gemeinden Unternehmen i.S. der §§ 1 u. 22 GWB sein, vgl. Bartholomeycik, Komm. zum GWB § 22 Anm.20; Ballerstedt in EltWi 1961 S.561
2) BVerfGE Band 6 S.32 ff.
3) Vgl. Huber, Selbstverwaltung der Wirtschaft, 1958 S.29 f. unter Bezugnahme auf: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht DÖV 1956 S.97 ff., 172 ff., 214 ff.
4) v. Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 2 Anm. III 6a

Ob die Grundrechte für juristische Personen - die größten und bedeutendsten deutschen Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe haben die Rechtsform einer juristischen Person - überhaupt gelten, ist bestritten. Von Mangoldt-Klein[1] bejahen die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG, verneinen aber die Anwendung des Art. 2 Abs.1 GG. Die Anwendung der Grundrechte auf juristische Personen bedarf daher einer grundsätzlichen Untersuchung.

Nach Art. 19 Abs. 3 GG gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Man muß also bei der Anwendung von Grundrechten die juristischen Personen differenzieren in solche, auf die die Grundrechte Anwendung finden und solche, die nicht den Schutz der Grundrechte erfahren. M.E. finden die Grundrechte auf juristische Personen Anwendung, die insoweit eine ausreichende Transparenz haben, als hinter ihnen natürliche Personen stehen, die die juristische Person lenken. Die juristischen Personen des Wirtschaftslebens sind geschaffen worden, weil von einer natürlichen Person kaum soviel Kapital aufgebracht werden kann. Die gewählte Rechtsform beeinträchtigt jedoch nicht die hinter der juristischen Person stehende und denkende natürliche Person in ihrer Rechtssubjektivität. Ihrem Wesen nach sind die Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 12 GG nicht so geartet, daß sie auf juristische Personen nicht anwendbar sind. Sie gelten m.E. auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie einen eigenen Rechtsbereich und eine eigene Rechtssphäre besitzen und Rechtssubjekte der Wirtschaft sind.[2]

Die Maßnahmen der Energieaufsicht verstoßen aber nicht gegen die geltendgemachten Grundrechte Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 12 GG.

Die Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG ist nur in Verbindung mit der sozialen Bindung verbürgt. Das ergibt sich einmal daraus, daß unser Grundgesetz nicht die Verfassung eines liberalen Rechtsstaates, sondern eines sozialen Rechtsstaates ist, zum anderen besagt die Gemeinschaftsklausel, daß jeder das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Daraus ergibt sich, daß die Aufsichtsmaßnahmen von

1) Vgl. v. Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art.19 Anm.VI
2) Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S.73,vgl. auch Huber, Selbstverwaltung der Wirtschaft, S.29

der Art des EnWG zulässig sind, soweit die Maßnahmen mit Rücksicht auf die Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Personen ergangen sind, ohne dabei ihren Eigenwert anzutasten.

Eine Verletzung des Art. 3 GG scheidet auch aus, da die faktische und rechtliche Situation der öffentlichen Versorgung es gestattet, eine unterschiedliche rechtliche Behandlung vorzunehmen.

Die wirtschaftliche Tätigkeit der Energieversorgungsunternehmen und der Verkehrsbetriebe ist qualitativ eine andere als die der übrigen Unternehmen und Betriebe. Das EnWG hat den Rechtsbegriff der ö f f e n t l i c h e n V e r s o r g u n g geprägt. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Energieversorgung nicht private Wirtschaft ist wie irgendein Zweig der gewerblichen Wirtschaft, sondern daß sie in den Raum des öffentlichen Rechts hineinragt.

Die öffentliche Energieversorgung kann man der freien gewerblichen Wirtschaft nicht gleichsetzen; es ist daher zulässig, Sonderregelungen zu schaffen, die der besonderen Lage der öffentlichen Versorgungsunternehmen gerecht werden.

Ebenfalls liegt in der Energieaufsicht keine Verletzung des Art. 12 GG, der ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit garantiert. Eine Beschränkung der Berufsfreiheit ist nämlich zulässig, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls die Beschränkung als zweckmäßig erscheinen lassen.[1] Die technischwirtschaftlichen Sonderheiten der öffentlichen Versorgung rechtfertigen im Interesse des Gemeinwohls die staatlichen Aufsichtsmaßnahmen.[2]

Zur Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes hat der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in "Investitutionshilfeurteil"[3] ausgeführt, daß das Grundgesetz weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt, noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde soziale Marktwirtschaft garantiere. Die wirtschaftspolitische Neutralität bestehe lediglich darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden habe. Dies ermögliche dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachte. Nach

1) Vgl. BVerfGE Band 7 S.377
2) Vgl. S. 55 ff.
3) Urt. des BVerfG vom 20.7.1954, NJW 1954 S. 1235

Art. 74 Nr. 11 GG könnten auch Bundesgesetze erlassen werden, die ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben eingreifen. Das Grundgesetz enthält keine Bestimmung, daß der Staat auf die Wirtschaft keinen Einfluß ausüben darf oder jedem die gleichen Wettbewerbschancen zusichern muß. Auch wenn die Energiewirtschaft freie gewerbliche Wirtschaft wäre, wären Aufsichtsmaßnahmen von der Art des EnWG und des GWB zulässig. Auch bei einer Auslegung des Art. 2 Abs. 1 GG im Sinne einer umfassenden Gewährleistung der Handlungsfreiheit ergibt sich aus der Gemeinschaftsklausel des Art. 2 GG nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts, daß sich der Einzelne diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen muß, die der Gesetzgeber zur Pflege und zur Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.

Da die im EnWG und im GWB vorgesehenen Aufsichtsmaßnahmen dieser Voraussetzung genügen, ist eine Energieaufsicht durch den Staat auch unter dem Grundgesetz zulässig.

II. Die Wahrung der institutionellen Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG

Die Energieaufsicht gegenüber Gemeinden und Gemeindeverbänden wird teilweise mit der Begründung als unzulässig erachtet, die Energieversorgung sei Gegenstand der kommunalen Selbstverwaltung und nach Art. 28 Abs. 2 GG müsse den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Einer solchen Argumentation ist jedoch der Erfolg versagt.

Die Energieversorgung und die Personenbeförderung im Nahverkehr gehören zu den freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben.[1] Selbstverwaltung ist aber öffentliche Verwaltung und nicht wirtschaftliche Betätigung. Der Begriff der Selbstverwaltung ist ausschließlich in Abgrenzung von der Staatsverwaltung entstanden.[2] Unter der Selbstverwaltung und dem Grundsatz der "Allzuständigkeit der Gemeinden im eigenen Wirkungskreis" ist nur ein Prinzip der V e r w a l t u n g s z u s t ä n d i g k e i t , nicht aber eine Ermächtigung zu wirt-

1) Vgl. Pagenkopf, Einführung in die Kommunalwissenschaft, S. 84
2) Vgl. Fischerhof, öffentliche Versorgung, S. 314

schaftlicher Betätigung zu verstehen. Soweit die Energieversorgung als öffentliche Verwaltung durch Eigenbetriebe und Eigengesellschaften betrieben wird, liegt ihr Sondercharakter darin, daß sie zugleich wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.

Die institutionelle Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG umfaßt aber "nur den eigentlichen Kern der Selbstverwaltung, nicht aber die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde, in der sie in Konkurrenz zu anderen Wirtschaftenden auftritt"[1].

Die Energieaufsicht erfaßt die Gemeinden aber nicht als V e r w a l t u n g s t r ä g e r , sondern als W i r t s c h a f t s o b j e k t .

Die Gemeindewirtschaft ist ein Teil der Wirtschaft und unterliegt nach Art. 74 Ziff. 11 GG der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Daraus ergibt sich, daß die Eingriffe der staatlichen Energieaufsicht in die Eigenbetriebe und Eigengesellschaften der Gemeinden zulässig sind.

Sechster Hauptteil

DIE KA ALS KOMMUNALPOLITISCHES PROBLEM

A. Die KA als feste Einnahmen der Gemeinden

Die KA haben seit ihrer Existenz für die gemeindliche Finanzwirtschaft eine große Bedeutung. Vor Erlaß der KAE wurden die KA völlig frei vereinbart. Aber auch nach Erlaß der KAE wurden von den Gemeinden dabei ganz beträchtliche Summen erzielt. So ermittelte man im Jahre 1941 das Gesamtaufkommen an KA aus dem Stromerlös mit RM 141.871.000,-- bei einem Gesamterlös aus Stromverkauf von RM 1.146.000.000,--[2], während das KA-Aufkommen 1961 nahezu DM 500.000.000,-- betragen haben dürfte bei einem Gesamterlös, der auf DM 7.800.000.000,-- beziffert wird.[3] 1962 betrug das

---

1) Vgl. Friesenhahn, Grundgesetz und Energiewirtschaft, S. 17; ähnlich auch Fischerhof, Öffentliche Verwaltung, in DÖV 1957,S.316
2) Vgl. Breitfeld in EltWi 1941 S.204 ff.
3) Vgl. Giere, Konzessionsabgaben im Rahmen der Kommunalen Finanzwirtschaft, S.352

Gesamtaufkommen an KA um DM 600.000.000,--[1], für 1963 wird ein KA-Gesamtaufkommen von DM 700.000.000,-- geschätzt[2]. Ganz präzise lassen sich die KA-Aufkommen nicht errechnen, da die Versorgungsunternehmen in der Rechtsform der A.G. die KA in der Gewinn- und Verlustrechnung unter "sonstige Aufwendungen" ausweisen und in ihren Geschäftsberichten keine näheren Angaben machen (so z.B. RWE). Zwar weist das zweitgrößte westdeutsche Versorgungsunternehmen (VEW) in der Erfolgsrechnung eine Position "vertragliche Abgaben" aus; doch ist nicht erkennbar, ob dieser Ansatz außer KA auch noch Abgaben anderer Art enthält. Wegen ihrer konstanten[3] und beträchtlichen Höhe ist die KA für die Gemeindehaushalte eine willkommene Einnahme. Ihre Bedeutung für die Großstädte fällt besonders ins Auge. So sind z.B. in Münster[4] im Haushaltsjahr 1964 die KA mit DM 5.246.000,-- veranschlagt, in Düsseldorf[5] mit DM 15.465.000,--, in Aachen[6] mit DM 4.000.000,--, in Dortmund[7] mit DM 12.600.000,--.

Eine Gegenüberstellung der veranschlagten KA in diesen Städten mit den veranschlagten gesamten Haushaltseinnahmen ergibt, daß die KA durchschnittlich einen Anteil, von 2,6 bis 3,2 % des Haushaltsvolumens ausmachen.[8] Bei einem Wegfall der KA ständen die Gemeinden vor der Frage, wie die entstandene Lücke im Gemeindehaushalt zu schließen ist. Wenn auch der Wegfall der KA in ihrer Gesamtheit ungefähr mit dem jährlichen Zuwachs an Gewerbesteuer kompensiert werden könnte, können die Gemeinden bei dem bestehenden Finanzsystem und der Fülle der anstehenden Aufgaben auf die KA nicht ohne weiteres verzichten, es sei denn, daß die Realsteuern erhöht werden oder die Finanzzuweisungen der Länder einen Ausgleich bewirken.

Würde man die Gemeindesteuern erhöhen, um einen Ersatz für die weggefallene KA zu erhalten, würde damit nur ein begrenzter Kreis betroffen, während bisher die KA von der Masse der Bevölkerung aufgebracht wird.

---

1) Vgl. VIK-Mitteilungen Nr. 5/6 - 1962
2) Vgl. Treibert, Konzessionsabgaben und Wegerecht, Sonderdruck S.2
3) Das Aufkommen an die KA ist konjunkturunempfindlicher als das Ertragsteueraufkommen
4) Vgl. Haushaltsplan S. 98
5) Vgl. Haushaltsplan S. 209 ff.
6) Vgl. Haushaltsplan S. 135
7) Vgl. Haushaltsplan S. 174
8) Oberlack, ET 1965, S. 249, hat einen Durchschnitt von 4 % der Gesamteinnahmen der Gemeinden errechnet.

B. In der Diskussion befindliche Vorschläge für eine Neuregelung des KA-Rechts

In den letzten Jahren ist die KA-Regelung von allen Beteiligten beanstandet worden. Immer wieder werden Stimmen laut, die eine Reform des KA-Rechts fordern. Teils ist man unbefriedigt über die unterschiedlichen Behandlung zwischen Preisrecht und Steuerrecht und warnt vor den energiepolitischen Gefahren, die sich daraus für die kommunale Wirtschaft ergeben,[1] teils weist man auf die "unerwünschten Nebenwirkungen" hin, die aus dem ausschließlichen Wegenutzungsrecht und den Demarkationsverträgen erwachsen können.[2]

In welcher Richtung die Reform jedoch durchgeführt werden soll, darüber bestehen bedeutende Meinungsverschiedenheiten, sowohl bei den beteiligten amtlichen Stellen als auch bei der Energiewirtschaft. Als Reformvorschläge haben sich inzwischen drei Lösungsmöglichkeiten herausgebildet.

I. Die völlige Beseitigung der KA

Eine Meinung geht dahin, die KA völlig abzuschaffen.[3] Dieser Vorschlag wird damit begründet, daß die KA die Preise der Versorgungsgüter erhöht . Außerdem diene der Vorschlag der Verwirklichung des Zieles, das mit der KAE verfolgt werden soll.

Die heftigste Kritik richtet sich gegen die KA der Eigenbetriebe der Gemeinde. So heißt es beispielsweise in der Studie der VIK[4]:

> Praktisch bedeutet die Zahlung einer KA für ein kommunales Versorgungsunternehmen, daß es eine Dividende erwirtschaften muß und außerdem noch in Form der KA eine weitere Gewinnausschüttung an die Gemeinde zu leisten hat. Es wird also eine doppelte Dividende bezahlt.

Diese Kritik ist jedoch unbegründet. Auf Grund des § Abs. 1 GemO NW dürfen die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, wenn

---

1) Vgl. Münch, Die Konzessionsabgaben im Steuerrecht, S.13
2) Vgl. Wieacker, Die Wegebenutzungs- und Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, Sonderdruck der VIK-Mitteilungen Nr. 1 S.3 ff.
3) Vgl. Hamm, Schlüsse aus dem EWG-Strompreisvergleich FAZ Nr. 88 vom 18.4.1963 S.17; Hamm, KA-Stop, FAZ Nr. 132 vom 10.6.1963; Melchinger, Notwendige Reform des Konzessionsabgabenrechts, S.19; W.Th. (VIK), Vor allgemeiner Stromverteuerung?, FAZ Nr. 17 vom 21.1.1964
4) VIK, Zur Neuordnung des Konzessionsabgabenrechts, S. 41

ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Der Grund für die Kritik liegt darin, daß sich mitunter die Gesamtertragslage der Eigenbetriebe von der der Fremdversorger günstiger abhebt. Die Eigenbetriebe müssen ihren Gewinn in der Gesamthöhe ausweisen. Aus ihm sind die für die technische und wirtschaftliche Fortentwicklung des Unternehmens notwendigen Rücklagen[1] zu bilden. Im Gegensatz hierzu weisen die in der Form der A.G. betriebenen Fremdversorgungsunternehmen entgegen der gesetzlichen Vorschrift des § 131 AktG nur den zur Ausschüttung vorgesehenen Gewinn aus.

Außerdem liegt die günstige Ertragslage der Eigenbetriebe in ihrer Kostenstruktur begründet. Die Eigenbetriebe der Gemeinden sind zu sparsamster Wirtschaftsführung verpflichtet. Sie zahlen in der Regel niedrigere Löhne und Gehälter. Sie können nicht mit den sozialen Aufwendungen aufwarten, wie es bei den Fremdversorgungsunternehmen üblich ist. "Was sich in den Gewinnen und der KA der Eigenbetriebe niederschlägt, sind zum Teil echte betriebliche Einsparungen."[2]

Ein einseitiges Verbot der KA der Eigenbetriebe würde auch die Wettbewerbsverhältnisse verschieben, da bei den Eigenbetrieben die bisher gezahlten KA dann in vollem Umfange der Ertragsbesteuerung unterliegen, während die Fremdversorgungsunternehmen die KA als Betriebsausgabe vom Gewinn abziehen können. Ein einseitiges Verbot der KA der Eigengetriebe ist daher indiskutabel.

Zu dem Vorschlag, die Zahlung von Konzessionsabgaben bei allen Versorgungsunternehmen zu verbieten, läßt sich folgendes sagen: Es ist nicht zu leugnen, daß die KA die Preise der Versorgungsgüter zumindest tendentiell nach oben beeinflussen.[3] Das Ausmaß der Beeinflussung der Tarife ist jedoch unterschiedlich.

a) Energielieferungen an Großabnehmer, die nicht einen bestimmten Mindestdurchschnittspreis erbringen, werden nicht mit KA belastet.[4] Der Kreis dieser Abnehmer ist zwar begrenzt, der Anteil an der Gesamtabgabe jedoch nicht unbeachtlich.[5]

---

1) § 76 Abs. 2 GemO NW, die Gemeindeordnungen der übrigen Länder sehen ähnliche Bestimmungen vor.
2) Cebulla, Sind Konzessionsabgaben in der Versorgungswirtschaft heute noch sinnvoll?, S. 26
3) Vgl. Die Strompreise in den Ländern der EWG, Reihe Wirtschaft und Finanzen 1/1962 S. 84
4) Vgl. S. 94
5) Cebulla, Sind Konzessionsabgaben in der Versorgungswirtschaft heute noch sinnvoll?, S. 22

b) Die Lieferungen an sonstige Sonderabnehmer sind nur mit einem geringen KA-Satz - höchstens 1,5 % der Roheinnahmen - belastet. Beispielsweise ist ein Abnehmer mit einem Jahresbedarf von 200.000 KWh und einem bisherigen Durchschnittspreis von 0,13 DM/KWh kalkulationsmäßig nur mit KA in Höhe von 390,-- DM = 0,2 Pfg./KWh belastet. Der Wegfall der KA würde also die Kalkulation der Sondertarifabnehmer nicht wesentlich berühren.

c) Die Belastung der Tarifabnehmer durch die KA ist schon größer. Sie würde sich auf 1,00 - 1,25 Pfg./KWh belaufen[1].

Ob die Versorgungsunternehmen bei einem Wegfall der KA ihre Tarifpreise senken, ist nicht vorauszusehen, zumal ein Zwang in dieser Hinsicht nicht ausgeübt werden kann. Insbesondere könnten die Eigenbetriebe der Gemeinden den erhöhten Gewinn an die Verbraucher nicht weitergeben, da sie auf Grund des § 76 Abs. 2 GemO NW zur Rücklagenbildung verpflichtet sind. Dazu ist es aber nur in wenigen Fällen gekommen.[2] Die Abschaffung der KA ist aber auch aus einem anderen Grunde abzulehnen. KA werden für die Erklärung der Gemeinden gezahlt, selbst keine Versorgungstätigkeit auszuüben. Damit verzichten sie auf eigene Ertragsmöglichkeit und verlangen zu Recht hierfür eine Gegenleistung.

Bei einem Wegfall der KA würden die Gemeinden in einer eigenen energiewirtschaftlichen Betätigung Ersatz für die verlorenen KA suchen. Damit würde die Verteilerorganisation in der Energiewirtschaft zurückgebildet, so daß die großräumige Versorgung stark gehemmt werden könnte. Ein Wegfall der KA würde sich also für die Verbraucher unvorteilhaft auswirken.
Der Vorschlag, die KA völlig abzuschaffen, ist daher abzulehnen.

II. Freie Vereinbarung der KA nach Aufhebung der KAE

Der zweite Reformvorschlag befürwortet die Beibehaltung der KA; gleichzeitig soll aber die KAE aufgehoben werden.[3] Nach dieser Ansicht soll durch die Aufhebung der gesetzlichen Bindung völlige

---

1) Vgl. Cebulla, Sind Konzessionsabgaben in der Versorgungswirtschaft heute noch sinnvoll?, S. 22
2) Vgl. Cebulla, Sind Konzessionsabgaben in der Versorgungswirtschaft heute noch sinnvoll?, S. 23
3) Dieses Ziel wird von der Energiewirtschaft angestrebt, vgl. Münch, Aktuelle Probleme des Konzessionsabgabenrechts, S. 10

Vertragsfreiheit bezüglich der Höhe der KA herrschen. Es soll also eine Art Wettbewerb eingeführt werden, um dadurch das dirigistische Moment ausschalten zu können.

Der sogenannte "Wettbewerb um das Versorgungsmonopol"[1] ist aber nur eine Fiktion. Es ist zu bedenken, daß sich bei den Konzessionsverträgen - von einigen Ausnahmen abgesehen - als Vertragspartner zwei Monopolisten gegenüberstehen, die Gemeinde und das Versorgungsunternehmen. In diesen Fällen kann aber nicht von einem echten Wettbewerb gesprochen werden; denn im Bereich von Monopolen können keine normalen marktwirtschaftlichen Reaktionen erwartet werden. Ein echter Wettbewerb ist nur möglich, wenn die Gemeinde an das Versorgungsgebiet zweier Versorgungsunternehmen grenzt und beide Versorgungsunternehmen sich um die Versorgung der Gemeinde bemühen. Das setzt aber voraus, daß auch die Demarkationsverträge, die zwischen den beiden Versorgungsunternehmen bestehen, aufgehoben werden. Hierbei besteht die Gefahr, daß die Versorgungsunternehmen der Gemeinde die Zahlung einer KA anbieten, die der Ertragskraft des Versorgungsgebietes nicht entspricht, so daß die KA schließlich zu Lasten anderer Versorgungsgebiete und letztlich zu Lasten der Verbraucher geht. Die Folge wäre, daß Energiepreiskontrollen eingeführt werden müßten, um den "Mißbrauch der Marktmacht"[2] zu vermeiden; der Wettbewerbsdruck ist nicht so stark, daß er eine Senkung der Energiepreise herbeiführen könnte. Im Ergebnis läuft das aber auf das Ziel der KAE hinaus, durch einen ständigen Einfluß auf die Energiepreisbildung die weggefallene KA wieder den Verbrauchern zugutekommen zu lassen.

Auch der zweite Vorschlag erweist sich somit für eine Reform des KA-Rechts als ungeeignet.

III. Schrittweiser Abbau der KA

Es bleibt somit der dritte Vorschlag, der eine Reform des bestehenden KA-Rechts und seine Anpassung an die heutigen wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnisse beinhaltet.[3] Insbesondere sollen die Höhe der KA gesenkt und die Bemessungsform anders gestaltet werden.

1) Münch, Aktuelle Probleme des Konzessionsabgabenrechts, S. 11
2) Ballerstedt, Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben, BB 1958 S. 129
3) Vgl. Ballerstedt, Die Zukunft der Konzessionsabgaben, S. 10 ff. Münch, Zur Neuregelung der Konzessionsabgaben, S. 4

Dieser Vorschlag ist m.E. nicht abzuweisen. Vor allem werden in den Großstädten die Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an letzte Verbraucher mit hohen KA-Hundertsätzen belastet.[1] Inwieweit man in diesen Gebieten die KA senkt, ist eine Frage des Maßhaltens.Gegen die Bemessungsform der KA, die sich nach v.H.-Sätzen der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen richtet, wird eingewandt, daß die KA nicht automatisch mit der Erhöhung der Umsätze steigen dürfe. Vielmehr müsse hier das Prinzip der Kostendegression eingeführt werden. Diese Bedenken sind nicht unberechtigt. Ob die Bemessungsform gerechtfertigt ist, hängt entscheidend von der Frage ab, was durch die KA abgegolten werden soll. KA werden gezahlt für die Erteilung des Wegebenutzungsrechts und den Verzicht der Gemeinde auf eigene Versorgungstätigkeit (Ausschließlichkeitsrecht). Eine umsatzabhängige Bemessungsform, gestaffelt nach Einwohnerzahlen der Städte, wertet die KA als Entgelt für die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts allerdings zu hoch. Für eine sachgerechte Lösung bieten sich zwei Möglichkeiten an.

Der einfachere Weg wäre, die zur Zeit geltenden Höchstsätze der KA zu senken, ähnlich wie die Königsteiner Beschlüsse es schon vorsehen.[2]

Ein anderer Modus für die Errechnung der KA für Tarifabnehmer scheint m.E. aber auch zu einem brauchbaren Ergebnis zu führen.

Als Bemessungsgrundlage können, wie bisher, die Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen an Endverbraucher dienen. Die Bemessungsformen müßten sich nach v.H.-Sätzen richten, allerdings nicht nach Gemeindegrößenklassen gestaffelt, wie es die KAE vorsieht, sondern nach der Wohndichte der Bevölkerung pro km[3]. Diese Bemessungsform scheint m.E. sachgerechter und zeitgemäßer zu sein, da sie die sich aus der Versorgungsdichte des Absatzgebietes ergebenden Gewinnchancen durch Staffelung der KA-Hochsätze nach der Wohndichte mehr berücksichtigt als die bisherigen Bemessungsformen. Nur durch eine Bemessungsform, die die Bevölkerungsdichte

---

1) Vgl. die Tabelle S. 94
"Die KA, die von Eigenbetrieben und Eigengesellschaften gezahlt werden, entsprechen einer Dividende von 10 - 24 % des Stammkapitals dieser Betriebe", W.Th., FAZ vom 2.1.1964

2) Vgl. Königsteiner Beschlüsse vom 1.10.1952 unter III a, abgedruckt bei Treibert, Die Landkreise als Empfänger von Konzessionsabgaben, S. 10 ff.

berücksichtigt, kann dem unterschiedlichen energiewirtschaftlichen Potential der einzelnen Versorgungsgebiete Rechnung getragen werden.

Eine entsprechende Änderung der Bestimmungen über die Bemessungsformen in §§ 2 und 8 Abs. 2 KAE, §§ 3 und 5 Abs. 1 A/KAE und Ziff. 13 und 29 D/KAE scheint daher angebracht zu sein, um den Interessen aller Beteiligten gerecht zu werden.

Für eine Änderung des Konzessionsabgabenrechts ist Eile geboten; denn eine Reform ist "besser und leichter in einer Periode der Konjunktur als in einer solchen mit einer rückläufigen wirtschaftlichen Entwicklung durchzuführen"[1].

---

1) Pagenkopf, Gegenwartsproblem der Gemeindefinanzwirtschaft, S. 6

Z U S A M M E N F A S S U N G

Das Ergebnis der Untersuchung über die gemeindlichen Konzessionsabgaben kann folgendermaßen zusammengefaßt werden:

1. Die Konzessionsabgaben der Versorgungs- und Verkehrswirtschaft werden als Entgelt für die Einräumung des Wegebenutzungsrechts und die Erteilung des Ausschließlichkeitsrechts an die Gemeinden entrichtet.

2. Die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume durch die V e r s o r g u n g s u n t e r n e h m e n fällt nicht unter den Gemeingebrauch, sondern unter die "sonstige Nutzung" und - soweit sie innerhalb des Verkehrsraumes stattfindet - unter die Sondernutzung.

3. Die Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume durch die V e r k e h r s b e t r i e b e fällt

   a) für Omnibusse und Verkehrsanlagen zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit unter den Gemeingebrauch,

   b) für Verkehrsanlagen außerhalb des Verkehrsraumes unter die "sonstige Nutzung",

   c) für Omnibusse, Straßenbahnen, Kleinbahnen sowie Verkehrs- und Versorgungsanlagen innerhalb des Verkehrsraumes unter die Sondernutzung.

4. Die Versorgungsunternehmen und Verkehrsbetriebe bedürfen zur Benutzung der öffentlichen Verkehrsräume einer besonderen Nutzungserlaubnis, an deren Erteilung der Wegeeigentümer, der Wegebaulastträger und die Wegeordnungsbehörde beteiligt sind.

5. Im Konzessionsverhältnis sind Elemente des Vertrages und des Verwaltungsaktes zu finden, es enthält öffentlichrechtliche und privatrechtliche Bestandteile. Es ist ein gemischtes Rechtsverhältnis.

6) Der Konzessionsvertrag ist ein eigenständiger Vertragstyp, dessen einzelne Klauseln typischen und atypischen Vertragsarten zugeordnet werden können. Die einzelnen Vertragsklauseln sind privatrechtlicher Natur.

7. Die Konzessionsabgaben sind ein privatrechtliches Entgelt.

8. Die Konzessionsabgabenanordnung enthält nur noch preisrechtliche Vorschriften.

9. Ertrag — steuerrechtlich ist die Frage des Abzugs von Konzessionsabgaben nach den Grundsätzen über die Abgrenzung der Betriebsausgaben von der verdeckten Gewinnausschüttung zu beurteilen.

10. Die Auswirkungen der Konzessionsabgaben auf die Gewerbe- und Umsatzsteuer sind wenig bedeutend.

11. Die Beschränkung der "Mittel" der freien Marktwirtschaft bei den Versorgungsunternehmen ist nicht verfassungswidrig.

12. Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden wird durch staatliche Aufsichtsmaßnahmen in der Versorgungs- und Verkehrswirtschaft nicht beeinträchtigt.

13. Finanzwirtschaftlich sind die KA für die Gemeinden nicht unbedeutend.

14. Die Erhebung der KA ist grundsätzlich gerechtfertigt. Eine Reform des Konzessionsabgabenrechts scheint insoweit geboten zu sein, als die Höchstsätze der Konzessionsabgaben gesenkt werden sollten.

15. Als Bemessungsform für die Erhebung der Konzessionsabgaben wird vorgeschlagen, die v.H.-Sätze nach der Wohndichte der Bevölkerung pro qkm zu staffeln.

L e b e n s l a u f

Am 12. April 1936 wurde ich als Sohn des Dipl. Komm.-Beamten und derzeitigen Stadtdirektors von Ahaus Hermann Petersen und seiner im Jahre 1962 verstorbenen Ehefrau Helene, geb. Oerter in Krefeld-Uerdingen geboren.

Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Die Reifeprüfung bestand ich am 5. März 1957 am altsprachlichen Gymnasium "Hegianum" in Ahaus.

Im Sommersemester 1957 begann ich das Studium der Rechte an der Albert-Ludwig-Universität in Freiburg. Zum Wintersemester 1958/59 wechselte ich zum Studium nach Münster an die Westfälische Wilhelms-Universität über. Das Sommersemester 1959 verbrachte ich an der Christian-Albrechts-Universität in Kiel. Im Wintersemester 1959/60 setzte ich mein Studium in Münster an der Westfälischen Wilhelms-Universität fort. Am 24.11.1962 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit bin ich als Bankreferendar im Vorbereitungsdienst der Deutschen Bundesbank tätig.

BAMBERGER FOTODRUCK · Rudolf Rodenbusch